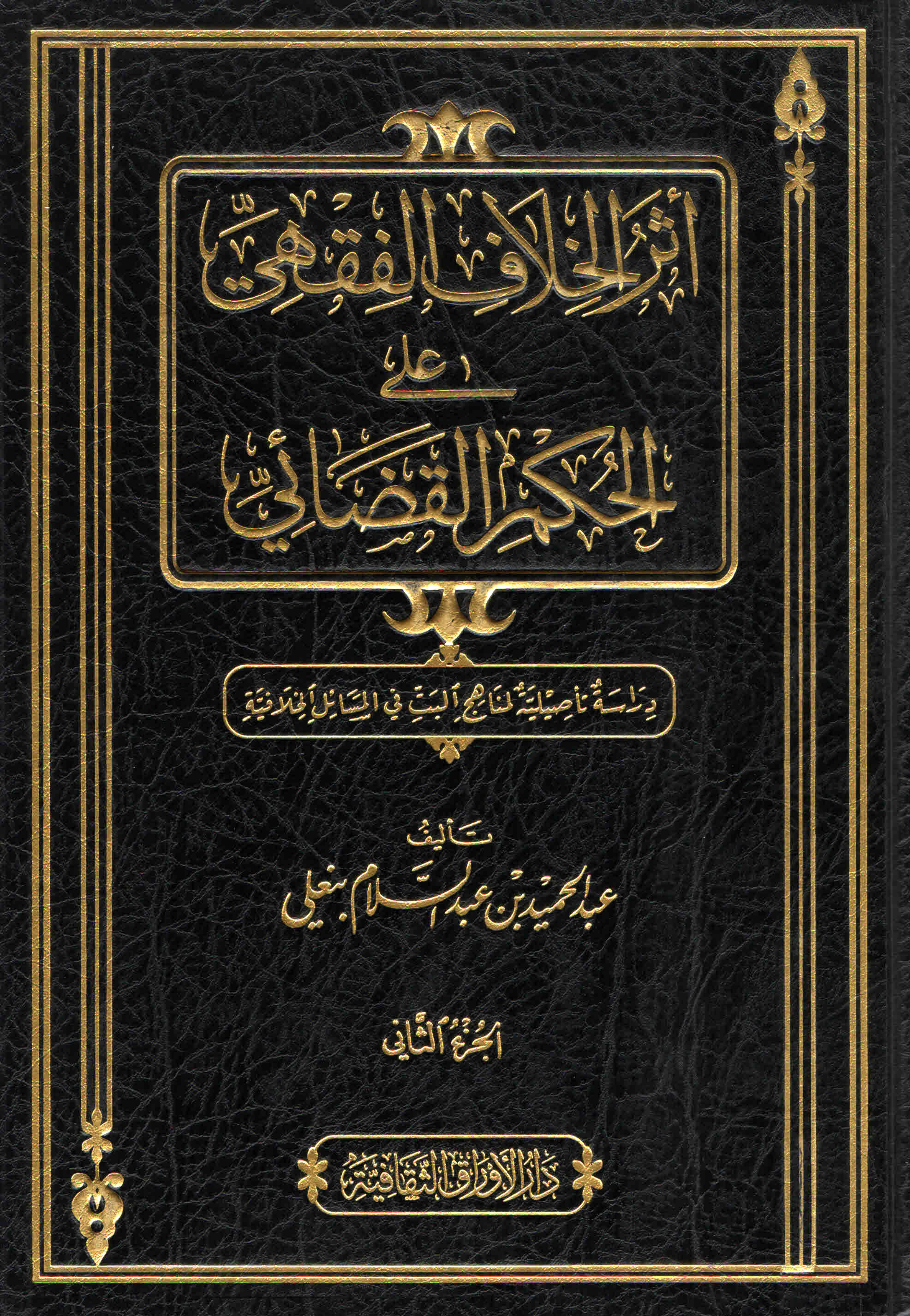

أثر الخلاف الفقهي
على
الحكم القضائي
دراسة تأصيلية لمناهج البت في المسائل الخلافية
تأليف
عبد الحميد بن عبد السلام بنعلي
الجزء الثاني
دار الأوراق الثقافية

بسم الله الرحمن الرحيم

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م

كتبنا متوفرة في


مكتبة

www.noonbooks.com

متجر
سوق الكتبيين

www.alkutubiyeen.net





ص ب : ١٥٥٣٣ جدة ٢١٤٥٤ تليفاكس: ٦٨٠٣٠٠٢ ٢ ٩٦٦+

الإدارة: ٠٥٠٥٣١٨٧٦٧ ٩٦٦+

المدينة المنورة : ٠٥٥٠٧٦٢٠٧٨ جدة : ٠٥٣٧٧٢٥٤٩٣٩

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على الخلاف الفقهي في الوقائع القضائية وطرق الإثبات

المبحث الأول: الآثار المترتبة على الخلاف الفقهي في الوقائع القضائية

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الخلاف الفقهي في طرق الإثبات

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على إصدار الحكم في الواقعة المختلف فيها

المبحث الأول

الآثار المترتبة على الخلاف الفقهي في الواقعة القضائية

مدخل:

الخلاف الفقهي إذا تعلق بمسألة من مسائل النزاع والخصومات فإنه يقتضي من الأحكام ما لا تقتضيه المسائل القطعية المتفق عليها؛ ذلك أن القطعيات في الشرع لا سبيل للاعتراض عليها أو نقضها؛ وذلك لوضوحها وجلائها، كما أن البت فيها لا يستدعي من بذل الجهد وإفراغ الوسع ما تستدعيه المسائل المظنونات والنوازل المستجدات، وهذا أمر يعرفه من ولي القضاء.

وأما مسائل الخلاف: فإنها تَضاربُ فيها الأنظار وتجاذبها الأدلة، ولا سبيل إلى الجزم بواحد مما تحتمله من الأحكام دون غيره، وإنما غاية ما يرجح منها أن يكون مستنداً إلى ظن غالب، وذلك أمر نسبي يختلف فيه أهل الاجتهاد بحسب تفاوت أنظارهم ومداركهم، وبحسب ما يتحلون به من الديانة والورع، فمن كان منهم آخذا بالحزم سائراً على درب العزم تجده ينتهج في فقهه نهج الاحتياط والأخذ بالأشد فالأشد، وقد يبالغ في مراعاة سد الذرائع فيعتبرها في جملة الأحكام، ومن كان منهم على نهج التقريب والتسديد فإنه يأخذ بعزائم الشرع ورخصه، وحيث نزلت به حادثة أجراها على الأشبه بأحدهما، فإن تجاذباها أجراها على التيسير والتسهيل؛ إذ كان الشرع في جملته قائما على هذا التيسير ورفع الحرج.

ومن هذين النهجين تولدت أحكام الظنيات في الشرع، وعليها أجرى الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة وغيرهم اجتهاداتهم في النوازل والمستجدات.

فحيث نزلت إحدى هذه الظنيات على القاضي فإنه لا يسعه أن ينزلها منزلة القطعيات في الشرع، ولا أن ينتهج فيها أبداً نهج التقليد لمذهب أو إمام معين، وذلك لسببين:

أحدهما: أنه إذا قصد أن يحكم فيها بقول إمام أو مذهب معين دون غيره فقد لا يستقيم له ذلك؛ من أجل أن هذه قضية اجتهادية ربما كان الحامل لإمامه على استصدار مثل هذا الحكم فيها كونه ممن ينتهج نهج التشديد في الأحكام أخذاً بالعزيمة والاحتياط، وقد يكون الحامل له على ذلك مراعاة ظرف النازلة في زمنه كما في المسائل التي تختلف باختلاف العرف والزمن، فلربما كانت الواقعة التي نزلت بالقاضي مما انتفى فيه ذلك العارض، فلا يمكنه والحال هذه أن يوافق مدرك إمامه ومغزاه من قوله.

وقد يكون هذا الإمام ممن يسلكون النهج الآخر، واختار هذا الحكم في هذه المسألة لما احتف بها من دواعي التيسير ورفع الحرج، فإن حكم القاضي بمذهبه فلربما تولد منه حرج شديد، فيخالف مغزى إمامه؛ وذلك أن ما هو حرج أو مشقة مما يختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص كما سلف، فرب حكم أو حالة تشق على شخص هي على غيره في غاية اليسر والسهولة، ورب مشقة في زمن هي يسر في زمن آخر، وهذا واقع

بكثرة في مسائل الاجتهاد، ولذلك قرر الفقهاء أنه: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان" (١).

السبب الثاني: أن مسائل الاجتهاد فيها توسعة على المكلفين، والتسرع في إصدار الحكم فيها كما لو كانت من القطعيات ربما أفضى إلى عواقب تناقض مقصود الشرع من ولاية القضاء، وذلك أنه قد يطعن الخصم في حكم القاضي بحجة أن تصرفه موافق لمذهب إمامه، وأنه الحق الذي لا تجوز مخالفته، وقد يكون في المسألة دليل وأصل يرجح الحكم بخلاف ما حكم به، وحيث كان التسرع فيها عرضة لنقض قضائه، واتهامه بالجهل والتسرع فإن ذلك أحرى بحمله على التروي والأناة.

فإذا توطأ هذا التمهيد فللخلاف في الوقائع آثار عملية على القاضي مراعاتها وعدم إلغائها، وهي بالجملة أربعة يتبين الحديث عن كل واحد منها من خلال المطالب التالية.

(١) راجع شرح القاعدة في ص: (٦٢٣) من هذه الرسالة.

المطلب الأول

وجوب التريث في إصدار الأحكام

التريث في تقرير الأحكام مما ندب إليه الشرع عموم المجتهدين فقهاء كانوا أو قضاة أو مفتين، قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوۡمَۢا بِجَهَٰلَةٖ فَتُصۡبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلۡتُمۡ نَٰدِمِينَ ﴾ [١].

فلم يأمر الله سبحانه برد خبر الفاسق وشهادته بإطلاق، بل ندب إلى التثبت في خبره، إذ لربما حمله حامل على الصدق، فيفوت برده حق المشهود له، وهذا التثبت من لوازم التريث والأناة فصح الاستدلال به في هذا المقام.

وقال النبي ﷺ لأشج عبد القيس[٢]: "إن فيك خصلتين يحبهما الله: الحلم والأناة" [٣].

---

(١) سورة الحجرات، آية: ٦.

(٢) هو المنذر بن عائذ بن المنذر بن الحارث بن النعمان بن زياد بن عصر العبدي من عبد القيس يعرف بالأشج، وقد ذكروا أنه كان سيداً في قومه، وفد على النبي ﷺ رئيساً لوفد عبد القيس، ويقال: إن النبي ﷺ هو الذي دعاه الأشج، وقد شهد له عليه الصلاة والسلام بهاتين الخصلتين، وهي فضيلة في حقه ﷺ. انظر: طبقات ابن سعد ٥٥٧/٥، الاستيعاب ١٤٤٨/٤، الإصابة ٢١٦/٦.

(٣) أخرجه من حديث عبد الله بن عباس: مسلم في صحيحه: كتاب الإيمان، باب الأمر بالإيمان بالله تعالى وبرسوله ﷺ (٤٨/١ ح ١٧) .

وجاء في رسالة عمر لأبي موسى الأشعري -رضي الله عنهما-: "ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ليس في قرآن ولا سنة، ثم قايس الأمور عند ذلك، واعرف الأمثال والأشباه، ثم اعمد إلى أحبها إلى الله فيما ترى وأشبهها بالحق" (١).

والتريث في إصدار الأحكام أولى ما يجب أن يتحلى به القاضي في جميع ما يرد عليه من الوقائع سواء كانت من قطعيات الشرع أو ظنياته، لأنه يتهيأ له بذلك من الصواب ما لا يتهيأ للمتعجل في الحكم (٢).

ولكن يتعين عليه التريث أكثر فيما هو من مسائل الاجتهاد؛ لأنها مظنة الإشكال، والإشكال مدعاة التريث، فيحتاج إلى فهم مآخذ الفقهاء في اجتهاداتهم، ثم ينظر في سبب الخلاف هل هو تضارب أدلة الشرع

---

(١) أخرجه الدارقطني في (سننه ٢٠٦/٤) والبيهقي في (السنن ١١٥/١٠) والخطيب في (الفقيه والمتفقه ٤٩٢/١) وقد تُكلم في سنده، لكن قال ابن عبد البر: "وهذا الخبر روي عن عمر من وجوه كثيرة من رواية أهل الحجاز، وأهل العراق، وأهل الشام و مصر". (الاستذكار١٠٤/٧).

وقال ابن القيم: "وهذا كتاب جليل، تلقاه العلماء بالقبول، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة". إعلام الموقعين ٨٦/١، وانظر: نصب الراية ٨١/٤.

(٢) قال ابن عبد البر: "روي عن أبي عثمان الحداد أنه قال: القاضي أيسر مأثماً وأقرب إلى السلامة من الفقيه، لأن الفقيه من شأنه إصدار ما يرد عليه من ساعته بما حضره من القول، والقاضي شأنه الأناة والتثبت، ومن تأنى وتثبت تهيأ له من الصواب ما لا يتهيأ لصاحب البديهة". جامع بيان العلم ٢٧٩/٢.

فيعمد إلى الترجيح، أم أنه تغاير العرف وتبدل الزمن فيحتكم إلى عرفه، ويجدد النظر في الواقعة، أم أنه غير ذلك.

ولا يعمد إلى التقليد فيحكم به في كل نازلة مع قدرته على الاجتهاد، فإن هذا نهج مذموم في عموم الفقه، وهو في القضاء آكد في الذم؛ لما تقرر من أن الحق مقصود القضاء الأعظم، وهو لا ينحصر في مذهب أو إمام معين.

دواعي التريث:

ثم القاضي مأمور بالتريث في مسائل الخلاف لأمور:

١- معرفة الحكم الراجح في الواقعة:

وهذا أول ما ينبغي أن يستفرغ فيه وسعه، ويبذل فيه جهده؛ لأن البحث عما عداه من عدالة البينة وحال الخصمين فرع عن نظره في معرفات الحكم وأدلته سواء كانت أدلة أحكام أو أدلة وقوع، فلو ذهب يجهد نفسه في البحث عن حال الشاهد مثلاً قبل معرفة حكم الشرع في النازلة وحكمه في طريق إثباتها لكان جهده ضائعاً؛ لأنه اشتغل بشيء تفرع عن أصل وهو لا يدري بالأصل، وقد تكون الدعوى مما لا تسمع أصلاً لكون المدعى فيها مما لا يجوز تملكه كالخمر والخنزير، وقد تكون البينة مما لا يثبت بمثلها الحق المتنازع عليه [1].

---

(١) انظر: ظفر اللاظي ص: ٧٩.

٢- استجلاء حال البينة:

فيَتعرف حالَ من لا يُعرف حالُه من الشهود والمزكين، ويفحص عن عدالتهم، فمن كان عدلاً أثبته، ومن كان مجروحا أسقطه، وبين حاله للناس حتى يعرف بوصفه فلا ينخدع به غيره [(١)].

وإنما يتثبت من حال البينة حتى يكون لحكمه مستند صحيح يعصمه من نقض حكمه، ويدفع عنه تهمة الحكم بغير العدول، وهذا لا يختص بمسائل الاجتهاد، بل هو عام في جميع القضايا سواء كانت من ظنيات الشرع أو قطعياته.

٣- تنقيح الواقعة القضائية:

قال ابن عرفة -رحمه الله-: "فقه القضاء والفتيا مبنيان على إعمال النظر في الصور الجزئية، وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف الكائنة فيها، فيلغى طرديها ويعمل معتبرها" [(٢)].

فيحتاج القاضي إلى إعمال نظره في الأوصاف المحتفة بالواقعة حتى يعتبر ما يعتبر منها ويلغي ما لا يعتبر على ما سبق بيانه، ولا يتم له هذا النظر على وجهه الصحيح إلا بالتروي والأناة، وحيث كانت الواقعة من مسائل الاجتهاد فإنه يجتهد في الكشف عن مدارك الفقهاء فيها، ويتحقق من اشتمال الواقعة عليها.

---

(١) انظر: تبصرة الحكام ١/٣٥.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٦/٨٧ .

٤- الطمأنينة وسكون النفس:

يحتاج القاضي إلى التريث ليستجمع ذهنه، وليتحرز عن كل ما يشوش عليه فكره من الهم والغم والغضب والجوع وسائر ما في معنى هذه الأشياء من العوارض المشوشة، "فينبغي للقاضي أن يعتمد بنظره الوقت الذي يكون فيه ساكن النفس معتدل الأحوال ليقدر على الاجتهاد في النوازل، ويحترز من الزلل في الأحكام" [(١)].

٥- أملاً في صلح الخصوم:

الصلح مطلب شرعي نُدب إليه الحاكم والخصوم، فهو خير ما تُفصل به القضايا وترفع به النزاعات؛ فإن القضاء يورث الضغائن والأحقاد، وقد يدفع المحكوم عليه إلى المكر بخصمه حتى يتشفى ويثأر منه، ولكن إذا أمكن الصلح بينهما فإن هذا المحذور ينتفي، ويوفّق بين الخصوم خير توفيق كما قال الله تعالى في شأن الزوجين المتخاصمين: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ﴾ [(٢)].

وقال عمر -رضي الله عنه-: "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن" [(٣)].

وعلى هذا فإذا طمع القاضي في صلح الخصوم فإنه لا يستعجل في

---

(١) أدب القاضي للماوردي ٣١٣/١.

(٢) سورة النساء، آية:٣٥.

(٣) الأثر تقدم تخريجه ص: (٢٦٢).

الحكم، ويتريث عسى أن يتحقق رجاؤه، وأكثر ما ينبغي له الحرص على ذلك حين يكون القضاء بين ذوي القرابة؛ لما يترتب على فصله بينهم من قطيعة الأرحام، ونشوب العداوة والشنآن [(١)].

وقد نص الفقهاء على أن الصلح إنما يندب إليه الحاكم حيث أشكل عليه الأمر ولم يستبن له وجه القضاء، فأما بعد ما استبان ذلك فلا يفعله إلا برضا الخصمين [(٢)].

ومعلوم أن مسائل الاجتهاد لا تخلو من إشكال لما تحتمله من الوجوه والاحتمالات المختلفة، وقد يكون التصرف أو الحق المدعى مما يستسيغه مذهب المحكوم عليه، فإذن يتأكد على القاضي أن يتريث في البت فيها رجاء صلح الخصوم، فإذا استبان له وجه الصواب ولم يرضوا بالصلح قضى بما استبان له.

---

(١) وقد نص نظام القضاء في المملكة العربية السعودية على أن القاضي يتمهل في إصدار الحكم في الواقعة بين الأقارب متى رجا صلحاً بينهم . التنظيم القضائي في المملكة لآل دريب ص: ٣٣٥ .

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣٦/٢٠، تبصرة الحكام ٣٤/١، مغني المحتاج ٤٠١/٤، المغني ١٠١/١٠.

المطلب الثاني
عرض الواقعة على أهل المشورة

المشورة والتشاور والمشاورة: كشف الخفي، واستخراج الرأي بمراجعة البعض إلى البعض، مأخوذ من قولهم: شِرت العسل إذا اتخذتَه من موضعه واستخرجته منه، ويقال للأمر المتشاور فيه شورى [١].

واستشارة أولي العلم لمعرفة حكم الله في الحوادث مما ندبت إليه الشريعة، ومضت به السنة، فقد أمر الله عز وجل نبيه ﷺ باستشارة أصحابه فيما ينزل به من أمور الدنيا والدين، قال سبحانه: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ﴾ [٢].

وفي القرآن الكريم سورة سميت بالشورى امتدح الله فيها المؤمنين بجملة من الأوصاف الحميدة منها قوله: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَٰهُمْ يُنفِقُونَ﴾ [٣].

وقد ضرب النبي ﷺ في ذلك أروع المثل مع أنه صاحب الوحي والنبوءة ، فكان دؤوباً على استشارة أصحابه فيما ينزل به، حتى قال أبو هريرة رضي الله عنه: "ما رأيت أحداً قط كان أكثر مشُورة لأصحابه من رسول الله ﷺ" [٤].

---

(١) انظر: مفردات القرآن للراغب ص: ٢٧٠.

(٢) سورة آل عمران، آية: ١٥٩.

(٣) سورة الشورى، آية: ٣٨.

(٤) أخرجه أحمد في (المسند ٣٢٨/٤) وعبد الرزاق في (المصنف ٣٣١/٥) والبيهقي في السنن ٢١٨/٩، قال ابن حجر: "ورجاله ثقات إلا انه منقطع" =

وعلى سنته عليه الصلاة والسلام جرى خلفاؤه من بعده، فكانوا إذا نزلت بهم نازلة جمعوا لها أولي العلم حتى ينظروا فيها برأيهم، واشتهر منهم الفاروق ﷺ بكثرة الاستشارة مع أنه المحدث الملهم، ولم يزده ذلك إلا علماً ورفعة [١].

وإذا قرأنا تراجم قضاة المسلمين نجد أنهم كانوا لا يستبدون بالرأي، ولا يستقلون بالنظر في الأحكام، فلكل منهم مراجع علمية يستشيرها في الأمور المدلهمات والنوازل المشكلات.

قال سفيان الثوري -رحمه الله-: "كانت القضاة لا تستغني أن يجلس إليهم بعض العلماء يُقومونهم إذا أخطؤوا" [٢].

ثم صارت الشورى بعدُ منصباً من مناصب السلطة القضائية المعروفة، فوق الكتابة ودون القضاء، تُقلد كباقي المناصب الكبيرة في الدولة [٣].

فإذا توطأ هذا القول: فإن القاضي يستحب له أن يستشير في

= فتح الباري ١٣/٣٤٠ .

(١) انظر طرفاً من هذه الآثار في: صحيح البخاري حيث علق مجموعة منها في كتاب الاعتصام بالسنة، باب قول الله تعالى: {وأمرهم شورى بينهم} (٦/٢٨٦٢) ومصنف عبد الرزاق (١١/٤٤٠) وسنن البيهقي (١٠/١٠٩-١١٠) وأخبار القضاة لوكيع ص: (٧٧، ٤٨١) .

(٢) أخبار القضاة لوكيع ص: ٤٨١.

(٣) انظر: نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي ٢/٣١٩.

أحكامه من يثق بدينه وعلمه وأمانته من أهل العلم والخبرة، فإذا انقدح في نفسه رأي وشهد له أصل بالاعتبار قضى به، ولا يحكم بقول من أشار عليه تقليداً له حتى يتبين له الحق من حيث تبين للذي أشار عليه بدلالة ظاهرة، وليس بلازم أن يتبع رأي مستشاريه أو أحدهم، بل متى رأى أن يخالفهم كان له ذلك؛ لأنه مجتهد، وفرض المجتهد العمل بما أداه إليه اجتهاده كما سبق تقريره غير مرة [1].

وقد نص الفقهاء على أن القاضي إنما يستشير حيث الإشكال، أما إذا بان له الحق واتضحت له الحجة لم يحتج لاستشارة أحد [2].

وأكثر ما يعرض الإشكال في مسائل الاجتهاد؛ لما سلف من أنها تحتمل وجوهاً مختلفة كل منها يصح في النظر ولو من وجه، فيحتاج القاضي للمشورة؛ لحسم الخلاف ببالغ الحجة.

يقول أبو الحسن الماوردي -رحمه الله-: "أما المشورة فمندوب إليها في الأمور المشتبهة...والقاضي مأمور بالمشاورة في أحكامه وقضاياه، وهي ضربان:

أحدهما: ظاهر جلي قد حصل الاتفاق فيه، وانعقد الإجماع عليه، فلا يحتاج في مثل هذا إلى مشاورة.

---

(١) انظر: أدب القاضي للماوردي ٢٦١/٢، تبصرة الحكام ٣٤/١.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٣٣١/٢، الشرح الكبير للدردير ١٣٩/٤، مغني المحتاج ٣٩١/٤، المغني ٩٩/١٠، فتح الباري ٣٤٠/١٣.

والضرب الثاني: نوازل حادثة لم يتقدم فيها قول لمتبوع، أو ما اختلف فيه العلماء من مسائل الاجتهاد، فهي التي يؤمر بالمشاورة فيها ليتنبه بمذاكرتهم ومناظرتهم على ما يجوز أن يخفى عليه حتى يستوضح بهم طريق الاجتهاد فيحكم باجتهاده دون اجتهادهم" [(١)].

والجادة في استشارته في الحوادث ومسائل الخلاف: أنه يستبين آراء أهل الشورى ويعرف وجوهها، ثم يحكم بما تبين له صوابه منها، وإذ كان المقصود حسم الخلاف الواقع بين الفقهاء ومعرفة الراجح من أقوالهم فلا جرم أن يكون أهل شوراه على دراية تامة بالخلاف ومواطنه ومعرفة وجوهه، وقد نص الفقهاء على أنه يستحب أن يحضر مجلسَه أهلُ العلم من كل مذهب حتى إذا حدثت حادثة وافتقر إلى أن يسألهم عنها سألهم ليذكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها؛ فإنه أسرع لاجتهاده وأقرب لصوابه [(٢)].

والفرض في القاضي المجتهد أن يتوخى الحق ليحكم به ولو خالف المذهب، وذلك أخلق بنجاحه في هذا الميدان، وأقوم بالسياسة؛ فإن الرعية ليسوا كلهم على مذهب واحد.

يقول الإمام ابن تيمية -رحمه الله-: "وإذا استشارهم فإن بين له

---

(١) أدب القاضي ٢/٢٥٥، ٢٦١.

(٢) انظر: البحر الرائق ٦/٣٠٣، الجامع لأحكام القرآن ٤/٢٥٢، أدب القضاء لابن أبي الدم ص: ١١٠، المغني ١٠/١٠١.

بعضهم ما يجب اتباعه من كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ أو إجماع المسلمين فعليه اتباع ذلك، ولا طاعة لأحد في خلاف ذلك وإن كان عظيماً في الدين والدنيا، وإن كان أمراً قد تنازع فيه المسلمون فينبغي أن يستخرج من كل منهم رأيه ووجه رأيه، فأي الآراء كان أشبه بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ عمل به كما قال تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا﴾ [(١)]، ومتى أمكن في الحوادث المشكلة معرفه ما دل عليه الكتاب والسنة كان هو الواجب" [(٢)].

---

(١) سورة النساء، آية: ٥٩.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٨/٣٨٧-٣٨٨.

المطلب الثالث
التيسير في الأحكام

إن التيسير ورفع الحرج من خصائص ملة الإسلام، وبهذه الخاصية كانت خالدة على تعاقب الأزمان، وصالحة لكل زمان ومكان، ولن يروم أحد من الناس نقض هذه الخاصية إلا أصابه العِي وانقطع دون مرامه، وكيف يمكنه ذلك وتكاليف الشرع كلها أصلها وفرعها يسر وسماحة وعدل، وهل كثر أتباع هذه الرسالة إلا من يسرها وخلوها من الآصار والأغلال ؟، وهل ألفت البشرية شرعاً أو دستوراً يلبي مطالب الفطرة السليمة، ويحقق مصالحها الدنيوية والأخروية مثل شرع الله الخاتم ؟.

والتيسير لا يقف عند حد كونه قاعدة فقهية عبر عنها الفقهاء بقولهم: "المشقة تجلب التيسير" وقولهم: "إذا ضاق الأمر اتسع"، بل هو إضافة لكونه أصلاً فقهياً فهو أيضاً مقصد جليل من مقاصد الشريعة الغراء تطلبه حيث تجلى وظهر، "فإن الشارع لم يقصد إلى التكليف بالشاق والإعنات فيه، ولا أدل على ذلك من وفرة الرخص الكثيرة في مسائل لا تحصى من الشرع، ولو كان الشارع قاصداً للمشقة في التكليف لما كان ثم ترخيص ولا تخفيف" (١).

وليس بنا حاجة هنا إلى الإسهاب في إظهار هذه الخاصية والتدليل

---

(١) الموافقات ٢/ ٢١٢.

عليها؛ لأنها تتجلى في كل تكاليف الشرع، ولا تخفى على ذي فقه وبصيرة، وقد تقدم لنا ما يشهد لها من دلائل النقل والعقل في مبحث (رفع الحرج) فليطلب هنالك [١].

والمقصود هنا: بيان وجه ارتباط التيسير باختلاف الفقهاء، وكيف للقاضي مراعاة هذا الأصل دون الإجحاف بحق أحد المتداعيين أو إيثار غيره عليه.

فأقول وبالله التوفيق: يتمهد هذا الغرض بذكر مسالك الناس في هذا الباب، وهم على طرفي نقيض وواسطة:

فطرف يتسم بالغلو في تتبعه لكل ما فيه يسر من أقوال الفقهاء، وغلوه هنا ليس من جهة مراعاته للتيسير، فهو أصل مرعي في الشرع، ولكن من جهة جعله الخلاف من حجج الإباحةِ والإقدامِ على الفعل دون البحث عن المرجح، ومن جهة معياريته للتيسير إذ يحتكم في ذلك إلى ما يستحسنه هواه ويلائم مصلحته، ولا يبالي بأهداف الشرع ومقاصده، وهذا المنحى ليس وليد هذا العصر كما قد يظنه بعض الناس، بل هو نهج قديم قِدَمَ الخلاف نفسه، ولذلك بحث الفقهاء والأصوليون مسألة الأخذ بالأخف، وتتبع الرخص، والعمل بالضعيف والمرجوح ونحوها.

وبهذا الصدد يقول أبو إسحاق الشاطبي -رحمه الله-: "وقد زاد هذا الأمر على قدر الكفاية حتى صار الخلاف في المسائل معدوداً في حجج

---

(١) راجع ص: (٤٣٧).

الإباحة، ووقع فيما تقدم وتأخر من الزمان الاعتماد في جواز الفعل على كونه مختلفاً فيه بين أهل العلم، لا بمعنى مراعاة الخلاف؛ فإن له نظراً آخر، بل في غير ذلك، فربما وقع الإفتاء في المسألة بالمنع فيقال: لم تمنع والمسألة مختلف فيها ؟، فيجعل الخلاف حجة في الجواز لمجرد كون المسألة مختلفاً فيها، لا لدليل يدل على صحة مذهب الجواز، ولا لتقليد من هو أولى بالتقليد من القائل بالمنع، وهو عين الخطأ على الشريعة حيث جعل ما ليس بمعتمد معتمداً، وما ليس بحجة حجة...والقائل بهذا راجع إلى أن يتبع ما يشتهيه، ويجعل القول الموافق حجة له، ويدرأ بها عن نفسه، فهو قد أخذ القول وسيلة إلى إتباع هواه لا وسيلة إلى تقواه، وذلك أبعد له من أن يكون ممتثلاً لأمر الشارع، وأقرب إلى أن يكون ممن اتخذ إلهه هواه" [١].

فهذا الطرف وقع في هذا المحذور الذي ذكره الإمام الشاطبي، وخرق مع ذلك إجماع أهل العلم على تحريم الحكم والفتوى بغير الراجح [٢].

ويقابل هذا الطرف طرف آخر على نقيضه، وهو من يأخذ بالأشد فالأشد من أحكام الشرع، فالحق عنده ما اتسم بالثقل والشدة، والباطل أو الضعيف ما فيه تيسير وخفة، فتراه لا يرفع باختلاف الفقهاء رأساً، ولا يوليه اهتماماً ولا اعتباراً، وهذا المسلك لا يتسم به مذهب من مذاهب

---

(١) الموافقات ٥/٩٢-٩٤.

(٢) انظر: جامع بيان العلم وفضله ٢/٩٠٤، أدب المفتي والمستفتي ص: ١٢٥، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ص: ٩٣.

الفقه المتبوعة، بل أكثر ما يوجد عند أرباب الزهد والورع، فهم الـــذين يلزمون أنفسهم باتباع العزائم وترك الرخص على الإطـــلاق، حـــتى إن شيخهم الذي مهد لهم الطريقة أبا القاسم القُشيري -رحمه الله- [(١)] قال في باب وصية المريدين من رسالته: "وإذا أحكم المريد بينه وبـــين الله عقـــده فيجب أن يحصل من علم الشريعة - إما بالتحقيق وإما بسؤال الأئمة - ما يؤدي به فرضه، وإن اختلفت عليه فتاوى الفقهاء أخذ بالأحوط، ويقصد أبداً الخروج عن الخلاف؛ فإن الرخص في الشريعة للمستضعفين وأصحاب الحوائج والأشغال، وهؤلاء الطائفة (يعني الصوفية) ليس لهم شغل ســـوى القيام بحقه سبحانه، ولهذا قيل: إذا انحط الفقير عـــن درجـــة الحقيقـــة إلى رخصة الشريعة فقد فسخ عقده، ونقض عهده فيما بينه وبين الله " [(٢)].

فهذا الكلام ظاهر في أنه ليس من شأن القوم الترخص في مـــواطن

---

(١) أبو القاسم عبد الكريم بن هوازن بن عبد الملك بن طلحة بن محمد القشـــيري الصوفي، قال ابن خلكان: "كان أبو القاسم علامة في الفقه والتفسير والحديث والأصول والأدب والشعر والكتابة" ووصفه الذهبي بأنـــه: "الإمـــام الزاهـــد القدوة... عديم النظير في السلوك والتذكير، لطيف العبارة، طيب الأخـــلاق، غواصاً على المعاني" قلت: وكان -رحمه الله- أشعري العقيدة شافعي المذهب، توفي سنة ٤٦٥هـ. انظر ترجمته في: وفيات الأعيان ٢٠٥/٣، ســـير أعـــلام النبلاء ٢٢٧/١٨.

(٢) الرسالة القشيرية بتحقيق: عبد الحليم محمود ومحمود بن الشريف ٥٧٣/٢.

الترخص المشروع، -وهو ما كان عليه رسول الله ﷺ والسلف الصالح من الصحابة والتابعين-، فالتزام العزائم مع وجود مظان الرخص فيه ما فيه، والظاهر أن هذا نهج مبتدع استحسنوه قمعاً للنفس عن الاسترسال في الميل إلى الراحة وإيثاراً إلى ما يبنى عليه من المجاهدة [١].

وقريب من هذا النهج: نهج المذهب الظاهري، فهو لا يعتبر الخلاف في شيء إلا أنه لا يقصد الأخذ بالأشد فالأشد، بل يروم الأخذ بما صح عنده يسراً كان أو شديداً، وهذا حسبما تبين لي من النظر فيه.

وبين هذين الطرفين: طرف وسط، وهو الذي لا يجعل تتبع الخلاف ديدنه، ولا يطّرحه دهره، بل يراعيه حيث يقوى في النظر، ويجيز ما وقع منه على وجه معتبر، فتراه لا يرى أن الحق مقصور على مذهبه، وان الصواب ما انقدح في رأيه، بل شعاره: "رأيي صواب يحتمل الخطأ، ورأي من خالفني خطأ يحتمل الصواب" [٢].

---

(١) انظر: الاعتصام ٢١٤/١.

(٢) هذه العبارة اشتهرت عن الأحناف، وقد نسبها ابن نجيم إلى أبي البركات النسفي في كتابه (المصفى)، ولكن مضمونها قد قال به غيرهم كما يدل لذلك مراعاة الجمهور للخلاف، واتفاقهم على أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، فذلك تصريح منهم بأنهم إنما يظنون إصابة ما ذهب إليه إمامهم، وأنهم لا يقطعون بخطأ مخالفيه، وإلا لم يراعوا خلافهم، و لم يبرموا أحكامهم. أفاده ابن حجر الهيتمي في فتاويه ٣١٣/٤، وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٦٦٠/٢.

فهذا الطرف هو السائر على نهج الملة نهج الاعتدال والوسطية، وهو الخليق بوسم العلم وميراث النبوة، ومن خاصية: أنه لا يعادي من خالفه، ولا يستهين بقوله ورأيه، بل يواليه على ملة الإسلام وكلمة التوحيد، ويعذره فيما خالفه فيه، وهذا حال أرباب المذاهب الفقهية المتبوعة حيث لم يصيروا شيعاً، ولم يتفرقوا فرقاً؛ لأنهم كلهم حامون حول مقصد واحد، وهو إصابة قصد الشارع، فلم يضر اختلاف طرقهم [(١)].

فإذا تُصورت هذه المناهج في اعتبار الخلاف فإن القاضي لا يسعه أن يحيد عن نهج الوسط، فيغالي في تتبع الخلاف، والحكم بالرخص والشواذ، أو يبالغ في إقصاء اجتهادات الأئمة المبرزين أمثال الأئمة الأربعة ومن قاربهم، فيستبد برأيه دونهم، بل عليه أن يعتبر الخلاف حيث يمكن اعتباره على ما سبق في مبحث (مراعاة الخلاف)، وعليه أن يفرق في أحكامه بين ما هو قطعي لا خلاف فيه، وبين ما هو من قبيل الظنيات، فالأول لا امتراء في صحة كونه شرعاً محكماً، ولا مدخل فيه للترجيح، والثاني يجوز كون الحق فيه مع المخالف، وهذا التجويز يقتضي منه ما سلف من المشورة والتريث، ويقتضي كذلك إمعان النظر والموازنة بين الأدلة لاستبيان الرأي الراجح مما يلائم الواقعة.

ومن هنا تبدو أهمية معرفة القاضي باختلاف الفقهاء ودرايته التامة بمسائل الاجتهاد، فإنه من دون ذلك يشكل عليه الصواب في كثير من

---

(١) انظر: الموافقات ١٦٣/٥، ٢٢٠.

القضايا، ولا يكاد يستبين له الحق [1].

فإذا تقرر هذا: فإن من مقتضيات الوسطية في هذا المقام: أن يُسلك بالخلاف المعتبر مسلك التيسير في الأحكام؛ فإن الشريعة مبناها على اليسر والسماحة، ومسائل الاجتهاد أخلق بهذا الأصل؛ لجواز أن يكون الحق كائناً في جانب القول الأخف مع تأيده بالأصل الكلي، وهو "نفي الضيق والحرج"، وقد تقدم لنا قول أبي بكر الجصاص-رحمه الله-: " لما كان الحرج: الضيق، ونفى الله عن نفسه إرادة الحرج بنا ساغ الاستدلال بظاهره في نفي الضيق وإثبات التوسعة في كل ما اختلف فيه من أحكام السمعيات، فيكون القائل بما يوجب الحرج والضيق محجوجاً بظاهر هذه الآية والأخبار الدالة على رفع الحرج، وهي نظير قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [2].

ولهذا التيسير مظاهر وآثار على الاجتهاد القضائي يمكن إجمال أهمها في ستتة أمور، وهي كما يلي:

١- تصحيح التصرف إن احتمل التصحيح كما في الأنكحة المختلف فيها، سيما إن كان الخصم ممن يرى جواز ذلك وأقدم عليه بنوع تأويل.

فإن لم يكن محتملاً للتصحيح فلا وجه لتصحيحه، وذلك مثل نكاح المتعة، فإنه وإن كان الخلاف فيه ثابتاً عن الصدر الأول إلا أنه لا يقوى

---

(١) انظر: الموافقات ٥/١٢١-١٢٣.

(٢) سورة البقرة، آية: ١٨٥. وانظر: أحكام القرآن للجصاص ٤/٣٣.

على تصحيحه، لما يقتضيه ذلك من تهاون الناس بالأعراض، وفتح ذريعة إلى الفساد، فيوقف به عند كونه شبهة يدرأ بها الحد، ولا يتجاوز به ذلك، وهذا بخلاف باقي الأنكحة فبعدها عن هذا المحذور لا يخفى.

٢- إسقاط الحد ودرء العقوبة؛ لأن الأصل في الدماء العصمة والكرامة، وأن لا تراق إلا بالجزم والتثبت، ولا جزم مع وجود الخلاف المعتبر، ولذلك عده الفقهاء من أقوى الشبه الدارئة للحد، وسيأتي بيان هذه الجملة قريباً بحول الله.

٣- إذا تعلق الخلاف بالعقوبة وكان دائراً فيها بين التخفيف والتشديد فالأخذ بأخف القولين مسلك قوي في الترجيح؛ لعموم أدلة التيسير ورفع الحرج، "فمن قواعد الشريعة: أن يستدل بخفة أحد الأمرين المتعارضين على أن الصواب فيه" [١].

إلا أن الأخذ بالأخف هاهنا ليس على إطلاقه، بل يقيد بما إذا لم يعارض مقصوداً شرعياً، والأمر في ذلك موكول إلى اجتهاد القاضي، فحيث رأى تنفيذ العقوبة الأشد لمصلحة زجر الناس عن التهاون بالمحرم أو غيرها من المصالح المعتبرة كان له ذلك.

٤- إذا تعلق الفصل بحقوق العباد فالحكم بالراجح هو الجادة المتبعة؛ لأن حقوق العباد مبناها على التشاح والنزاع، فمراعاة التيسير فيها على أحد طرفي القضية ربما أضر بالطرف الآخر، ولكن حيث أمكن تلافي

---

(١) شرح مختصر الروضة ٣/٦٧٠.

هذا الضرر بالصلح فهو خير ما تفصل به القضايا وترفع به النزاعات سيما حين يقوى مدرك الخلاف، ويتأيد بالمصلحة، فالمصير هنا إلى الصلح قد يكون هو الحل الأمثل.

٥- ترك تجريح من توجه الحكم ضده؛ لأنه قد وافق في فعله دليلاً على الجملة، وكونه مرجوحاً أو ضعيفاً إنما هو بالنسبة لغيره، أما هو فقد أقدم عليه بنوع تأويل واعتقاد للإباحة، فيزال ما وقع من مخالفته على وجه يليق بالعدل والحكمة، وليس من العدل تفسيق أو تجريح مثل هذا، يقول ابن تيمية -رحمه الله-: "والتفسيق مما ينتفي بالتأويل السائغ" [(١)].

٦- إبرام ما مضى من أحكام الظنيات وعدم نقضها؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، ووجه التيسير في ذلك بين: وهو أن الظنون المتعادلة لو نقض بعضها ببعض لما استمر حكم، ولشق الأمر على الناس، ويلزم من ذلك اضطراب الأحكام، وعدم الوثوق بحكم الحاكم، ولا يخفى ما في ذلك من الحرج والمشقة [(٢)].

فهذه مظاهر التيسير الناتجة عن الخلاف الفقهي في الوقائع والقضايا، والمصير إليها متوقف على اجتهاد القاضي وتقديره للحال والمآل، فلا جرم أن يكون مبرزاً في العلم والاجتهاد، وله دراية تامة برتب المصالح والمفاسد، والله الموفق أولاً وآخراً.

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٦٧/١٠، وانظر منه: ج ٤٩٨/١٢، وقواعد الأحكام ٨٦/٢.

(٢) انظر ما سيأتي في قاعدة: "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد" ص: (٨٥٧) .

المطلب الرابع

إسقاط الحدود بشبهة الخلاف [(١)]

مدخل:

يعد هذا الموضوع من أخطر الموضوعات التي اشتمل عليها هذا الكتاب وأدقها على الإطلاق ؛ ذلك أنه يتعلق بالعقوبات المترتبة على الجرائم مثل الزنا والسرقة والقتل، والتي قد يترتب على تطبيقها إزهاق نفس أو إتلاف عضو، فلما دار تطبيقها بين طاعة الشارع وإتلاف منفعة الجاني عظم شأنها في ميزان الشرع، وصار تنفيذها لا يصار إليه إلا بعد التثبت والبيان وخلو الواقعة من الشبه الدارئة للحد.

ومن جوانب دقة هذا المبحث: أن الخلاف لا يكون شبهة توجب إسقاط الحد إلا حيث يقوى في النظر، أو يكون مما يسوغ مثله في الشرع، وهذا من الأمور النسبية التي تتفاوت فيها الأنظار، فإدراكها مما يختلف باختلاف المجتهدين، فلا جرم إذن أن يكون القاضي من أهل الاجتهاد والعلمِ باختلاف الفقهاء ومواطنِ الخلاف، وحيث لم يكن كذلك فلا يتصدى للفصل في مثل هذه القضايا، وإلا كان خطؤه أعظم من صوابه.

---

(١) قارن ما هنا بما سيأتي في الباب الثاني عند قاعدة: "اختلاف الفقهاء شبهة تدرأ بها الحدود" ص: (٧٥٨)، فالموضوعان يكمل بعضهما بعضاً.

ثم الكلام عن إسقاط الحدود بشبهة الخلاف يتبين بذكر المسائل التالية:

١- تعريف شبهة الخلاف:

الشُّبهة لغة : مأخوذة من قولهم: أشبه الشيء الشيء ، أي ماثله في صفاته ، والشَّبَه والشِّبه والشبيه: المِثل ، والجمع: أشباه وشُبه، والشبهة: المأخذ المُلبِس، والأمور المشتبهة، أي: المشكلة لشبه بعضها ببعض [١].

والمراد بشبهة الخلاف: " الشيء المجهول تحليله على الحقيقة، وتحريمه على الحقيقة، أو هي: ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً " [٢].

ويطلق عليها الفقهاء بالإضافة إلى هذا اللقب ألقاباً أخر، وهي: الشبهة في الطريق، والشبهة في الجهة، والشبهة في الدليل، والشبهة في الاعتقاد [٣].

٢- حكم إسقاط الحدود بشبهة الخلاف:

الأحداث أو الجرائم التي اختلف فيها الفقهاء -رحمهم الله- يمكن تصنيفها إلى قسمين:

قسم اتفقوا على حكمه -وهو الحرمة-، واختلفوا في جزائه، هل هو القتل أو الجلد أو الحبس أو غير ذلك، وهل يجب أم لا يجب.

---

(١) ينظر: تهذيب اللغة ٥٩/٦، لسان العرب ٥٠٣/١٣، المصباح ص: ٣٠٣-٣٠٤.

(٢) انظر: المنثور ٢/ ٢٢٨، جامع العلوم والحكم ١٨١/١، التعريفات ص: ١٦٥.

(٣) انظر: كشف الأسرار ٤٧٨/٤، الذخيرة ٦١/٩، المنثور ٢٢٥/٢، إعلام الموقعين ٢٤١/١.

وقسم اختلفوا في حكمه، أي في أصل الفعل هل مباح أو محرم، وانحصر الخلاف بينهم في هذين الحكمين.

فأما القسم الأول: فالخلاف في جزائه لا يسقط العقوبة بحال، ولا يكون مثله شبهة تدرأ به الحدود، وذلك مثل اختلافهم في عقوبة الزاني بمحرمه وناكح البهيمة ومن عمِل عمَل قوم لوط ونحوهم، ومثل اختلافهم في قتل الرجل بالمرأة والمسلم بالكافر والحر بالعبد، ومثل اختلافهم أيضاً في القتل بالمثقل وبالتسبب ونحو ذلك، فهذا خلاف خارج عن محل النزاع، والواجب على القاضي في مثل هذه المسائل أن يحكم فيها بما ترجح عنده مما تسكن إليه نفسه ، فإذا ثبت الحد فيها بدليل صحيح لم يحل له أن يسقطه بالخلاف؛ وذلك لأمرين:

أحدهما : أن الخلاف الذي يكون شبهة هو ما تردد بين الحلال والحرام أو بين الجواز وعدمه كاختلافهم في نكاح المتعة والشغار والتحليل ونحوها، وبهذا فسر أكثر العلماء الشبهة المسقطة للحد [1]، والخلاف هنا قسم آخر لا يشمله الحكم.

يقول العز بن عبد السلام -رحمه الله-: "وليس اختلاف العلماء هو الشبهة، وإنما الشبهة التعارض بين أدلة التحريم والتحليل؛ فإن الحلال ما قام دليل تحليله، والحرام ما قام دليل تحريمه، وليس أحدهما أولى من الآخر" [2].

---

(١) انظر: جامع العلوم والحكم ١/١٨١.

(٢) قواعد الأحكام ٢/١٣٧.

وبيان ذلك: أن أحكام الشرع على ثلاثة أقسام: حلال محض، وحرام محض، ومتردد بين الأمرين، كما في الحديث الذي يرويه النعمان بن بشير ﷺ قال:"سمعت النبي ﷺ يقول: إن الحلال بين، وإن الحرام بين، وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس" [١].

فالحلال المحض: ما أجمع الناس على تحليله، والحرام المحض: ما أجمع الناس على تحريمه، وأما المشتبهات: فمثل ما اختُلف في حِله أو تحريمه إما من الأعيان، وإما من المكاسب، وبنحو هذا المعنى فسر المشتبهات الإمام أحمد وغيره من الأئمة -رحمهم الله- [٢].

الثاني: أن إسقاط الحد فيما تردد حكمه بين الجواز وعدمه لا يترتب عليه ضرر، بل فيه مصلحة للمشتبَه في أمره، وهي المحافظة على نفسه وعرضه من الإتلاف والتشويه، وهذا بيِّن فيمن عقد على امرأة بغير إذن وليها، أو نكح سراً، أو تمتع بتأويل، بخلاف اللوطي وناكح البهيمة وقاتِل مَن في قتله به خلاف ونحوهم ؛ فإن إسقاط الحد عن هؤلاء مع رجحان دليله تترتب عليه مفاسد عظيمة، وذلك من وجوه:

أحدها: انتهاك حرمة الشرع بترك حد واجب من دون موجب للترك.

الثاني : إهدار عِرض المجني عليه ودمه من غير مُسوغ.

الثالث: فتح الباب على مصراعيه أمام من تسول له نفسه بمثل هذه

---

(١) تقدم تخريجه ص: (٢٩٤) .

(٢) انظر: جامع العلوم والحكم ١/١٨١.

الأفعال الذميمة؛ إذ لا عقوبة تزجره عن ذلك، وهذا مناقض لمقصود الشارع من شرع هذه الزواجر، وأي عقوبة تُرتكب في حقه دون ما حده الشرع فهو من التبديل والتحريف في أحكام الله ، وحِكَم العقوبات لا تتحقق إلا بما قدره الله وشرعه.

ولكن قد يسقط الحد في مثل هذه الحال لشبهة أخرى غير شبهة الخلاف كما لو كانت الشبهة في الفعل أو الفاعل [١].

وإذا عُلم هذا تبين الجواب عما استشكله بعض المتفقهة وأورده على الشافعية إذ قال: "كيف لم يُخَرِّج الشافعية في وجوب القصاص بالمثقل وجهاً بإسقاط الحد مراعاة لخلاف أبي حنيفة [٢]، كما خرجوا وجهاً بإسقاط الحد عمن وطئ الجارية المرهونة بإذن الراهن مراعاة لما نقل عن عطاء بن أبي رباح [٣] من القول بحل ذلك ؟ " [٤].

---

(١) انظر هذه الشبهة في: كشف الأسرار ٤/٤٧٨، الذخيرة ٩/٦١، المنثور ٢/٢٢٥.

(٢) انظر: المبسوط ٢٦/١٢٢، بدائع الصنائع ٢/١٣٤.

(٣) عطاء بن أبي رباح أسلم أو سالم بن صفوان أبو محمد، مولى بني فهر أو جمح المكي، كان من جلة التابعين وفقهائهم، قال قتادة: "عطاء أعلم الناس بالمناسك"، وقال ابن كيسان: "أذكُرهم في زمان بني أمية يأمرون في الحج صائحاً يصيح: لا يفتي الناس إلا عطاء بن أبي رباح". توفي سنة ١١٤هـ. انظر: صفة الصفوة ٢/٢١١، وفيات الأعيان ٣/٢٦١، سير أعلام النبلاء ٥/٧٨.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٣٨١، المنثور للزركشي ٢/١٣٤، وخلاف عطاء يشكك في صحته بعض الشافعية، ولذلك لم يراعوه على وجه، =

قال الزركشي: "وأجاب بعض من لا تحقيق عنده بأن عطاء أجل من المخالفين في مسألة القتل بالمثقل، فمن ثم اعتبر على رأي وإن ضعف، وهذا جواب بالجاه؛ فإنا لا ننظر إلى القائلين، وإنما ننظر إلى الأقوال ومآخذها، وإنما الجواب أن أبا حنيفة - رحمه الله - لم يقل بحل قتل الناس بعضهم بعضاً بالمثقل، بل هو عنده عظيم من الوزر، وإنما خالف في وجوب القصاص به، وعطاء أباح الجواري بالعارية، فلو أ أباح أبو حنيفة في المثقل ما أباحه عطاء في الجواري لروعي خلافه، وإنما هو موافق لنا على التحريم، ومن علم حرمة شيء مما يجب فيه الحد لم ينفعه جهله بالحد، بخلاف من جهل الحرمة، أو ينازع فيها" (١).

وأما القسم الثاني: - وهو ما تردد فيه الخلاف بين المنع والإباحة - فهو المعني بأقوال الفقهاء بشبهة الخلاف ضمن حديثهم عن أقسام الشبه الدارئة للحد (٢)، وقد اختلفوا في جعله من الشبه، وكذلك اختلفوا في شرطه، وفيما يلي عرض لهذين الخلافين.

= لكن قال العز بن عبد السلام في (قواعد الأحكام ٢/٩٣): "إنه خلاف محقق"، وبعض من ترجم له يشكك فيه. انظر مثلاً: وفيات الأعيان لابن خلكان ٣/٢٦٢.

(١) المنثور ٢/١٣٥، وانظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٣٨١.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ٢/١٣٧، المنثور ٢/ ٢٢٨، جامع العلوم والحكم ١/١٨١.

١- أقوال العلماء في حكم إسقاط الحدود بشبهة الخلاف:

اختلف العلماء -رحمهم الله- في حكم إسقاط الحدود بشبهة الخلاف على قولين:

القول الأول: أن الحدود لا تسقط بشبهة الخلاف، وإذا تعارض دليلان في إثبات الحد ونفيه فإنه يقدم الموجب له على النافي .

وهذا القول ذهب إليه جماعة من العلماء، وانتصر له ابن حزم في كتابه (المحلى بالآثار) [١].

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- أن القول بإسقاط الحدود بشبهة الخلاف يؤدي إلى إسقاط كل الحدود، والله تعالى يقول: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾ [٢].

يقول أبو محمد بن حزم -رحمه الله-: "وهذا لفظ (يعني قوله ﷺ: ادرؤوا الحدود بالشبهات) إن استعمل أدى إلى إبطال الحدود جملة على كل حال، وهو خلاف إجماع أهل الإسلام، وخلاف الدين، وخلاف القرآن والسنن ... ثم لا سبيل لأحد إلى استعماله لأنه ليس في الحديث بيان ما هي تلك الشبهات، فليس لأحد أن يقول في شيء يريد أن يسقط به حداً هذا شبهة إلا كان لغيره أن يقول هذا ليس بشبهة، وهكذا العكس، ومثل هذا لا يحل استعماله في دين الله تعالى، على أنه لم يأت به

---

(١) انظر المحلى ١٥٣/١١، المحصول ٥٩٠/٥، التقرير والتحبير ٣٢/٣،

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٢٩.

قرآن ولا سنة صحيحة ولا سقيمة ولا قول صاحب ولا قياس ولا معقول مع الاختلاط الذي فيه كما ذكرنا" [١].

٢- أن الموجب للحد له فائدة التأسيس وتشريع حكم جديد ، والنافي له يفيد تأكيد البراءة الأصلية ، والقاعدة : أن التأسيس أولى من التأكيد [٢].

٣- أن النص ثابت بوجوب إقامة الحد، فلا ينتقل عنه إلا بنص مثله أو أقوى منه، والأحاديث التي وردت في إسقاط الحدود بالشبهات ضعيفة لا تصح، ومع ضعفها لا تنتهض لمعارضة الأحاديث الثابتة والقاضية بوجوب إقامة الحد [٣].

القول الثاني: أن اختلاف الفقهاء شبهة موجبة لدرء الحد عن الجاني.

وهذا مذهب جمهور أهل العلم[٤]، بل من الفقهاء من نص على إنه إجماع لا مرية فيه:

قال موفق الدين بن قدامة -رحمه الله-: "ولا خلاف في أن الحد يدرأ بالشبهات" [٥].

---

(١) المحلى بالآثار ١١/١٥٤،١٥٣.

(٢) انظر المحصول ٥/٥٩٠، التقرير والتحبير ٣/٣٢.

(٣) انظر الفروق ٤/١٧٤.

(٤) انظر: فتح القدير ٥/٢٥٠/، الذخيرة ٩/٦١، المنثور ٢/٢٢٥، المغني ٩/٥٥ .

(٥) المغني ٩/٥٥، ٧٣.

وقال الكمال ابن الهمام -رحمه الله-: "وأيضاً في إجماع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات كفاية" [(١)].

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١- قوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْۚ وَخُلِقَ ٱلْإِنسَٰنُ ضَعِيفًا ﴾ [(٢)] .

٢- قوله ﷺ : "ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير أن يخطئ في العقوبة" [(٣)].

٣- ما روي عنه ﷺ أنه قال: "ادرؤوا الحدود بالشُّبهات" [(٤)] .

٤- أن هذا قول الصحابة وقضاؤهم، فعن عمر -رضي الله عنه-

---

(١) فتح القدير ٥/٢٤٩.

(٢) سورة النساء، آية: ٢٨.

(٣) أخرجه من حديث عائشة: الترمذي في الجامع، أبواب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود (٤/٣٣ح ١٤٢٤) مرفوعاً وموقوفاً، وصحح وقفه، والنسائي في المجتبى كتاب الحدود، باب في المستكره (٧/٢٦١ح ٣٣١١) وأخرجه الحاكم في (المستدرك مرفوعاً ٤/٣٤٨) والدارقطني في (السنن ٣/٨٤) والبيهقي في (السنن٨/٢٣٨) ومال ابن حجر في (التلخيص الحبير ٤/٥٦) إلى ضعفه ، وتابعه الشيخ الألباني في (إرواء الغليل ٨/٢٥) .

(٤) الحديث بهذا اللفظ لم أجده مرفوعاً إلى النبي ﷺ، وقد روي موقوفاً على ابن عباس وعلي رضي الله عنهما، وهو بلفظه ضعيف. انظر: المحلى ٨/٢٥٣، التلخيص الحبير ٤/٥٦، نصب الراية ٣/٣٣٣، إرواء الغليل ٧/٣٤٣.

قال: "لأن أعطل الحدود في الشبهات أحب إلي أن أقيمها في الشبهات"[١].

٥- وقال عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه-: "ادرؤوا الحد عن المسلمين ما استطعتم" [٢].

الموازنة والترجيح:

الذي تسكن إليه النفس من هذه الأقوال ويترجح في النظر- والله أعلم-: أن اختلاف الفقهاء إذا كانت تسنده الحجة، ولم يكن سبيله الشذوذ، ولا مضاربة النصوص التي لا تحتمل التأويل فإنه يُحدث الريبة في النفس، ويكون شبهة مانعة من إقامة الحد وتنفيذه، ويمكن الاستلال لهذا بما يلي:

١- كثرة الأحاديث والآثار التي تدل على أن الحدود تسقط بالشبهات ، ويعتبر اختلاف الفقهاء من أقوى الشبه الدارئة للحد؛ لأن منشأه ظهور التعارض بين أدلة الشرع، وهذا يُحدث في النفس من الريبة

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٥/٥١١، وقال ناصر الدين الألباني : "رجاله ثقات"، إرواء الغليل ٧/٣٤٤.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٥/٥١١، قال البخاري: "وهذا أصح ما في الباب" نقله عنه ابن حجر في التلخيص ٤/٥٦، وقال الشوكاني عن أحاديث درء الحد بالشبهة: "وما في الباب وإن كان فيه المقال المعروف فقد شد من عضده ما ذكرناه (يعني من الآثار) فيصلح بعد ذلك للاحتجاج به على مشروعية درء الحدود بالشبهات المحتملة لا مطلق الشبهة" نيل الأوطار ٧/٢٧٢.

والشك ما لا يحدثه غيره، بل عند التمحيص وتحقيق النظر في أقسام الشبه التي ذكرها الفقهاء نجد أنها تعود بالجملة إلى الخلاف الفقهي، وقد فسر كثير من العلماء الشبهة بهذا المعنى [(١)].

والقول بضعف هذه الأحاديث لا يوهن هذا القول ، وذلك لأمرين:

أحدهما : أنه وإن كان في هذه الأحاديث مقال فهي بمجموع طرقها لا تنزل عن درجة الحَسن أو الصحيح لغيره [(٢)] على ما هو مقرر عند علماء الحديث في باب المتابعات والشواهد[(٣)]، وبقية الآثار ثابتة عن

---

(١) انظر جامع العلوم والحكم ١/١٨١.

(٢) الحديث الحسن: فيه عبارات لأهل المصطلح، وأظهرها: أنه الذي رواه عدل خفيف الضبط، وسلم من الشذوذ والعلة، وهذا يسمونه بالحسن لذاته، فإن كان الحديث ضعيفاً وتقوى بغيره فهو الحسن لغيره. ينظر: تدريب الراوي للسيوطي ١/١٥٣، ١٥٨-١٥٩، فتح المغيث للعراقي ١/٦٢، ٧٣.
وأما الصحيح لغيره: فهو الحديث الحسن لذاته إذا تعددت طرقه. ينظر: فتح المغيث ١/٧٤.

(٣) يراد بالمتابعة في عرف أهل الحديث: مشاركة الراوي غيره في رواية حديث ما، سواء كانت المشاركة في شيخ ذلك الراوي أم في أثناء السند، فإن كانت المشاركة من أول السند إلى منتهاه فهي متابعة تامة، وإن كانت في بعض السند فهي متابعة قاصرة.
وأما الشاهد: فهو عبارة عن مشاركة الصحابي لصحابي آخر في رواية حديث ما بلفظه أو بمعناه. انظر: تدريب الراوي ١/٢٤١، فتح المغيث ١/٢٠٨.

أصحاب النبي ﷺ كما سلفت الإشارة لذلك، وهي في حكم المرفوع [1].

قال الكمال بن الهمام في معرض رده على تضعيف ابن حزم: "ونحن نقول: إن الإرسال [2] لا يقدح ، وإن المَوقوف [3] في هذا له حكم المَرفوع [4] لأن إسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلافُ مقتضى العقل ، بل مقتضاه أن الحق بعد ثبوته لا يرتفع بشبهة فحيث ذكره صحابي حمل على الرفع... وأيضاً في إجماع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات كفاية، ولذا قال بعض الفقهاء: هذا الحديث متفق عليه، وأيضاً

---

(١) انظر المتابعات والشواهد لهذه الأحاديث في إرواء الغليل ٣٤٤/٧ و٢٥،٢٦/٨، وانظر الرد المستوفى على تضعيف ابن حزم لأحاديث درء الحدود بالشبهات في كتاب إعلاء السنن للتهانوي (٤٩٠/١١، ٤٩٣) .

(٢) الإرسال: أن يقول التابعي: قال رسول الله ﷺ كذا أو فعل كذا، ولا بد أن يكون الساقط من السند صحابياً، فإن كان الساقط تابعياً فهو إما معضل أو منقطع، هذا اصطلاح المحدثين، والمشهور عند الفقهاء أن جميع ذلك يسمى مرسلاً، وفي الاحتجاج به خلاف. ينظر: تدريب الراوي ١٩٥/١، فتح المغيث ١٣٤/١.

(٣) الموقوف في عرف أهل الحديث: "ما أسند إلى الصحابة من قول أو فعل متصلاً كان أو منقطعاً، ويستعمل في غيرهم مقيداً فيقال: وقفه فلان على الزهري مثلاً، ويسميه الفقهاء بالأثر كما يسمون المرفوع بالخبر". تدريب الراوي ١٨٤/١، وانظر: فتح المغيث ١٠٨/١.

(٤) المرفوع يقابل الموقوف، وهو ما أضيف إلى النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير سواء كان المسنِد صحابياً أو غيره. تدريب الراوي ١٨٣/١، فتح المغيث ١٠٢/١.

تلقته الأمة بالقبول، وفى تتبع المروي عن النبي ﷺوالصحابة ما يقطع بثبوت هذا المعنى من جهة الشرع، فكان الشك فيه شكاً في ضروري، فلا يلتفت إلى قائله ولا يعول عليه" [(١)].

الثاني: انه حتى على التسليم بضعف هذه الأحاديث فإن الخلاف يبقى شبهة قائمة بذاته، ومع وجوده لا يمكن إثبات الحد على وجه القطع، والظن في إثبات الحدود غير جائز؛ لأنه يترتب عليها إتلاف منفعة المعصوم، فلم يكن سبيله إلا القطع ، وبهذا يعلم أن الآية التي استدلوا بها، وهي قوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾ لا تنافي هذا القول، بل هي إلى أن تكون حجة له أقرب من أن تكون حجة عليه؛ ووجه ذلك: أن الحد إنما يحرم إسقاطه بعد القطع بثبوته ، ومعلوم أن تعارض الأدلة التي يستند إليها الخلاف يوجب أن يكون في ثبوت الحد ريبة وشك ، فإقامته على هذا النحو فيه هجوم على إقامة العقوبات وإراقة الدماء مع التردد والله تعالى يقول ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾[(٢)] .

٢- الأصل العام والقاعدة المطردة: أن الحدود لا تسقط إذا ثبتت وكان ثبوتها سالماً من الشبهة، واختلاف الفقهاء في وجوب الحد مع الشبهة خارج عن هذا الأصل، فلا يلحق به إلا بدليل خاص، وحيث إنه لا دليل على إقامة الحد المشتبه فيه فلا سبيل إلى تنفيذه عملاً ببراءة الذمة.

---

(١) فتح القدير ٥/٢٤٨-٢٤٩.

(٢) انظر: الغياثي ص: ٥١٧-٥١٨.

يقول شهاب الدين القرافي: "قلت لبعض الفضلاء: الحديث الذي استدل به الفقهاء، وهو قوله ﷺ: "ادرؤوا الحدود بالشبهات" لم يصح، وإذا لم يكن صحيحاً فما يكون معتمدنا في هذه الأحكام ؟ فأجاب : "يكفينا أن نقول : حيث أجمعنا على إقامة الحد سالماً من الشبهة فإنه يقام، وما قصر عن محل الإجماع لا يلحق به عملاً بالأصل ، حتى يدل دليل على إقامة الحد في صور الشبهات". قلت: وهو جواب حسن" [(١)] .

وقولهم : "إن التأسيس أولى من التأكيد" يشهد لهذا القول؛ لأن الأحاديث الواردة في الباب أفادت حكماً جديداً، وهو إسقاط الحدود عند وجود الشبهة لا إسقاط الحدود البتة، فكأنه تخصيص للعمومات الواردة في إقامة الحدود.

٣- أن التخفيف على المكلف مقصود للشارع ما أمكن، وهذا من محاسن هذه الشريعة الغراء ، قال الله تعالى ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [(٢)]، وقال سبحانه: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْۚ وَخُلِقَ ٱلْإِنسَٰنُ ضَعِيفًا﴾ [(٣)].

وقال - عليه الصلاة والسلام -: "إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا" [(٤)].

---

(١) الفروق ٤/١٧٤.

(٢) سورة البقرة، آية: ١٨٥.

(٣) سورة النساء، آية: ٢٨.

(٤) تقدم تخريجه ص: (٤٣٧) .

ووجه التيسير في إسقاط الحد بالشبهة ظاهر، وهو أنه لولا ذلك لأمكن أن يقام الحد على كل مشتبه في أمره مع إمكان البراءة ، وهذا فيه توسيع لدائرة تعطيل المنافع، وفي ذلك من الحرج والضيق ما لا يخفى ، على أن الاحتياط في هذا الباب آكد من غيره، "فإذا دار الأمر بين أن يخطئ فيعاقب بريئاً، أو يخطئ فيعفو عن مذنب كان هذا الخطأ خير الخطأين" (١).

٤- أن الشارع الحكيم لا يفرض العقوبة إلا حيث تتحقق المصلحة منها من تطهير الجاني، وردع غيره مع إنصاف المعتدَى عليه، وهنا لا يتحقق هذا المقصود؛ لأن هذا الفعل نتج عن تأويل له مساغ في الشرع، وفي ذلك يقول الإمام الشاطبي: "لو ارتكب المكلف فعلاً مختلفاً في جوازه فقد يُتغاضى عنه على وجه يليق بالعدل؛ نظراً إلى أنه قد وافق دليلاً على الجملة، وإن كان مرجوحاً فهو راجح بالنسبة لإبقاء الحال على ما وقعت عليه إذ ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي"(٢).

فالحاصل: أن تعارض الأدلة شبهة مانعة من إهدار منفعة المعصوم؛ لأن الدماء مبناها على التثبت والاحتياط، وأن لا تراق بمجرد الظنون والشبهات، ولكن حيث رأى القاضي أن يعزر صاحب هذه المعصية فالأمر موكول إليه؛ فإن التعزير لا يسقط بالشبهة، فيعزره ليرتدع (٣).

---

(١) مجموع الفتاوى ١٥/ ٣٠٨ .

(٢) الموافقات بتصرف يسير ٢/ ٢٠٢ ، ٢٠٥ .

(٣) انظر: المنثور ٢/٢٢٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٢٣، ولابن نجيم ١/١٦٤.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على الخلاف الفقهي في طرق الإثبات

كما أن للخلاف الفقهي في الوقائع آثاراً على حكم القاضي واجتهاده، فكذلك للخلاف في طرق إثبات هذه الوقائع آثار يلزم القاضي مراعاتها واعتبارها حتى يقيم العدل في أحكامه وقضاياه، وهذه مطالب بين يدي تفاصيل هذا المبحث:

المطلب الأول

التعريف بطرق الإثبات

الإِثبات لغة: مصدر أثبت الشيء يثبته بمعنى: حققه وأكده، وأثبت حجته: أقامها وبينها، وثبت الشيء ثباتاً وثبوتاً فهو ثابت وثبيت بمعنى: دام واستقر، ورجل ثبت: متثبت في أمره، وتثبت في الأمر والرأي و استثبت: تأنى فيه و لم يتعجل [١].

ويراد بالإثبات في عرف الفقهاء: "إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي بينتها الشريعة لتحصيل حق، أو على واقعة تترتب عليها آثار شرعية" [٢].

وأما طرُق الإثبات: فهي وسائله وأسبابه التي بها يُتوصل إلى المطلوب، وكل ما يكشف الدعوى ويظهر وجه الصواب فهو من طرق

(١) انظر: لسان العرب ٢/١٩-٢٠، المصباح المنير ١/٨٠.

(٢) وسائل الإثبات للزحيلي ١/٢٣.

الإثبات، سواء كان ذلك مما نص عليه الشرع مثل الإقرار والشهادة والقرائن وسائر أنواع البينات، أو كان مما استنبطه العلماء واستجد حصوله بتغير الزمن وتطور أحوال الناس وأوضاعهم مثل البصمة الوراثية والبقع الدموية ونحوها، فكل ذلك من طرق الإثبات [١].

ويختلف الفقهاء في حصر هذه الطرق وعددها: فمنهم من يحصرها في عدد معين، وهو دأب أكثر المصنفين في الفقه والقضاء، وهم يتفاوتون في عدها ما بين مقل ومكثر [٢]، ومنهم من يجعل الأمر في ذلك موكولاً إلى اجتهاد القاضي، ولا يحصرها في عدد معين، فإذا ظهرت للقاضي أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان لزمه الحكم به وإن لم يكن منصوصاً عليه، وهذا مذهب جماعة من المتأخرين، وانتصر له العلامة ابن القيم - رحمه الله - في كتابه (الطرق الحكمية) [٣].

ومن قوله في ذلك: "إن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه،

---

(١) انظر: تبصرة الحكام ١/١٧٢، الطرق الحكمية ص: ١٢، توصيف الأقضية ٢/١٠٣.

(٢) انظر: البحر الرائق ٧/٢٠٥، القوانين الفقهية ص: ٢٠٤، الفروق ٤/١٥٦، تبصرة الحكام ١/١٧٤، المنثور ٢/٣٢ .

(٣) انظر: تبصرة الحكام ١/١٧٢، مجموع الفتاوى ٣٥/٣٩٤، الطرق الحكمية ص: ١٢-١٤، نيل الأوطار ٩/١٩٩، ظفر اللاظي ص: ٦٨-٦٩.

والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له" [(١)].

وقال أيضاً: "ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات، فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقراراً، وقل حاكم أو وال اعتنى بذلك وصار له فيه ملكة إلا وعرف المحق من المبطل، وأوصل الحقوق إلى أهلها" [(٢)].

وهذا الذي قرره ابن القيم - رحمه الله - هو المذهب الخليق بالصواب؛ لأن العدل هو المقصود الأعظم من القضاء، فأي طريق أسفر عنه فهو من الشرع، والحس يشهد بأن هناك من وسائل الإثبات ما هو أقطع في الحجية من كثير من الوسائل التي عددها القائلون بالحصر، وهي تربو عما عددوه بأضعاف كثيرة كما يقول برهان الدين بن فرحون، ولكن لهم -رحمة الله عليهم- فضيلة السبق ، وفتح باب التوسع في الفهم [(٣)].

---

(١) الطرق الحكمية ص: ١٤.

(٢) نفس المصدر ص: ٢٤-٢٥.

(٣) تبصرة الحكام ١/١٧٤.

المطلب الثاني

اجتهاد القاضي في تمحيص طرق الإثبات

الأصل كما يقول الفقهاء: أن "القاضي أسير الحجج والظواهر الشرعية" (١)، فحيث شهد لمدع حقاً بينةٌ من شهادة أو يمين أو قرينة ونحوها قضي له به ومُكن منه، غير أن قبول هذه الحجج لا يتوقف على ثبوتها فقط، بل لا بد مع ذلك أن تكون مرضية عند القاضي، ولا تكون مرضية عنده إلا إذا استوفت شروطها المصححة، وخلت من الشكوك والريب، وحيث لم تكن كذلك فله ردها والاستعاضة عنها بغيرها مما يراه أخلق بإثبات المدعى.

والدليل لهذا الأصل ما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ (٢).

يقول أبو بكر الجصاص -رحمه الله-: "هذه الآية دليل على أن أمر تعديل الشهود موكول إلى اجتهاد رأينا وما يغلب في ظنوننا من عدالتهم وصلاح طرائقهم، وجائز أن يغلب في ظن بعض الناس عدالة شاهد وأمانته، فيكون عنده مرضياً، ويغلب في ظن غيره أنه ليس بمرضي، فالأمر

---

(١) قواعد الأحكام ٢/٧٧ .

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٨٢.

في ذلك مبني على غالب الظن وأكثر الرأي، والذي بني عليه أمر الشهادة ثلاثة أشياء: أحدها: العدالة، والآخر: نفي التهمة وإن كان عدلاً، والثالث: التيقظ والحفظ وقلة الغفلة" (١).

ويقول أبو بكر بن العربي -رحمه الله- في سياق الآية: "هذا تقييد من الله سبحانه على الاسترسال على كل شاهد، وقصر الشهادة على الرضا خاصة لأنها ولاية عظيمة، إذ هي تنفيذ قول الغير على الغير، فمن حكمه أن يكون له شمائل ينفرد بها وفضائل يتحلى بها حتى يكون له مزية على غيره توجب له تلك المزية رتبة الاختصاص بقبول قوله على غيره، ويقضى له بحسن الظن، ويحكم بشغل ذمة المطلوب بالحق بشهادته عليه، ويغلب قول الطالب على قوله بتصديقه له في دعواه.

قال: وفي الآية دليل على تفويض القبول في الشهادة إلى الحاكم؛ لأن الرضا معنًى يكون في النفس بما يظهر لها من الأمارات عليه، ويقوم من الدلائل المبينة له، ولا يكون لغيره هذا؛ فإنا لو جعلناه لغيره لما وصل إليه إلا بالاجتهاد، واجتهاده أولى من اجتهاد غيره" (٢).

٢- قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوْمًۢا بِجَهَـٰلَةٍ فَتُصْبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَـٰدِمِينَ ﴾ (٣).

---

(١) أحكام القرآن ٢/٢٣٣.

(٢) أحكام القرآن ١/٣٣٦.

(٣) سورة الحجرات، آية: ٦.

ووجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى لم يأمر برد خبر الفاسق رأساً، بل ندب إلى تمحيصه والتثبت من صحته، فعسى أن يُهدى الفاسق إلى الصدق في خبره فيفوت برده حق.

يقول ابن القيم -رحمه الله-: "والله سبحانه لم يأمر برد خبر الفاسق، فلا يجوز رده مطلقاً، بل يتثبت فيه حتى يتبين هل هو صادق أو كاذب، فإن كان صادقاً قبل قوله وعمل به، وفسقه عليه، وإن كان كاذباً رد خبره و لم يلتفت إليه.

قال: وحرف المسألة: أن مدار قبول الشهادة وردها على غلبة ظن الصدق وعدمه، والصواب المقطوع به: أن العدالة تتبعض، فيكون الرجل عدلاً في شيء فاسقاً في شيء، فإذا تبين للحاكم أنه عدل فيما شهد به قبل شهادته، و لم يضره فسقه في غيره" (١).

فتحصل من هذا: أن القاضي يمحص طرق الإثبات ، ويجتهد في قبولها أو ردها حسبما يسفر عنه نظره في أمرها وما يبدو له فيها من صحة أو بطلان، ولا يكفيه أن يقلد فيها من مضى من أهل العلم والاجتهاد ، كما لا يكفيه أن يكتفي منها بظاهرها دون الكشف عن حقيقتها، بل لا بد من الاجتهاد في معرفة الراجح من الخلاف الواقع فيها، والكشف عن خباياها وخفاياها، ومن هنا يطلب في القاضي وصف الاجتهاد والدراية بمكامن الخلل في البينات ووسائل الإثبات.

---

(١) الطرق الحكمية ص: ١٧٥-١٧٦.

المطلب الثالث
القضاء بالسياسة الشرعية

السِّياسة: مصدر ساس الرعيةَ يسوسها سوساً وسياسة، وهي: في لسان العرب: بمعنى: حسن التدبير، والقيام على الشيء بما يصلحه، وقد تطلق ويراد بها: الملك والرئاسة والإمارة ونحو ذلك (١).

والسياسة في عرف الفقهاء: "ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد وإن لم يضعه الرسول ﷺ، ولا نزل به وحي" (٢).

وقال ابن نُجيم (٣) -رحمه الله- : "السياسة: فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي" (٤).

والقضاء بالسياسة الشرعية مما أرشد إليه الكتاب والسنة، وجرى به

---

(١) انظر: تهذيب اللغة ٩١/١٣، لسان العرب ١٠٧/٦، المصباح ١/ ٢٩٥.

(٢) الطرق الحكمية ص: ١٣.

(٣) هو العلامة زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد الشهير بابن نجيم، من أعيان الحنفية المتأخرين، وله مصنفات تشهد بطول باعه في الفقه والأصول، وقد افترض مسائل فقهية كثيرة حصلت في الأزمان التالية، وانتفع الناس بأجوبته عليها. من آثاره: (الأشباه والنظائر) (البحر الرائق شرح كنز الدقائق) توفي سنة ٩٧٠هـ . انظر: شذرات الذهب ٣٥٨/٨، الأعلام ٦٤/٣.

(٤) البحر الرائق ١١/٥.

العمل في زمن الرسالة والأزمنة اللاحقة، وهذه طائفة من الأدلة لذلك:

١- قول الله تعالى: ﴿ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ ﴾ (١).

والمتوسمون: هم المتفرسون الذي يستدلون بالأمارات الظاهرة على الخفي المطلوب (٢).

ووجه الدلالة من الآية: أنها أقرت فعل المتوسم وحكمه، ومعلوم أن حكمه لا يستند إلى أدلة نصية، وإنما هي أمارات وعلامات يستخرج منها ما قد يخفى من وجه الحق والصواب، وهذا لون من ألوان الحكم بالسياسة الشرعية.

ولهذا المغزى أورد ابن القيم - رحمه الله - في سياق استدلاله للحكم بالسياسة الشرعية آثاراً عن الخلفاء الراشدين ومن بعدهم من مشاهير القضاة تدل على أخذهم بهذا اللون من السياسة، وقال في ذلك: "لم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات، فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقراراً" (٣).

٢- قول النبي ﷺ: "كانت امرأتان معهما ابناهما جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت صاحبتها: إنما ذهب بابنك، وقالت الأخرى: إنما ذهب بابنك، فتحاكمتا إلى داود، فقضى به للكبرى، فخرجتا على

---

(١) سورة الحجر، آية: ٧٥.

(٢) انظر: الجامع لأحكام القرآن ٤٣/١٠، تفسير ابن كثير ٥٥٦/٢.

(٣) الطرق الحكمية ص: ٢٤، وانظر منه ص: ٤-٦٠.

سليمان بن داود فأخبرتاه، فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينهما، فقالت الصغرى: لا تفعل يرحمك الله هو ابنها، فقضى به للصغرى" [١].

فهذا حكم بالقرينة في مقابل الإقرار، فنبي الله سليمان عليه السلام استدل برضا الكبرى بشق الولد بينهما على أنها قصدت الاسترواح إلى التأسي بمساواة الصغرى في فقد ولدها، واستدل بشفقة الصغرى عليه وعدم رضاها بذلك على أنها هي أمه، وأن الحامل لها على الامتناع هو ما قام بقلبها من الرحمة والشفقة التي وضعها الله تعالى في قلب الأم، وقويت هذه القرينة عنده حتى قدمها على إقرارها، فإنه حكم به لها مع قولها: "هو ابنها" [٢].

٣- شواهد العمل بالمصالح المرسلة، مثل ضرب المتهم وحبس المدين إذا ادعى الإفلاس، ومثل تضمين الصناع ونحوها، فكلها تشهد لمبدأ القضاء بالسياسة الشرعية [٣].

فإذا ثبت الدليل على أن السياسة في الأحكام من الطرق الشرعية فإن القاضي لا يسعه المحيد عنها، لأنه بإهمالها سيضع الأمور في غير

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة: البخاري في صحيحه: كتاب الأنبياء، باب قوله تعالى: {ووهبنا لداود سليمان} (١٢٦٠/٣ح ٣٢٤٤) ومسلم في صحيحه: كتاب الأقضية، باب بيان اختلاف المجتهدين (١٣٤٤/٣ح ١٧٢٠).

(٢) الطرق الحكمية ص: ٥.

(٣) تقدمت دراسة هذه المثل في بحث (المصلحة) ص: (٤٦٦) وانظر: الذخيرة ٤٥/١٠.

موضعها، ويُعرض حقوق الناس وأموالهم للتلف والضياع، ويجرئ أهـــل الشر والفساد على مهج الناس وحقوقهم، ناهيك عما يستتبع ذلك مـــن وسم الشريعة بالقصور، وعجزها عن تحصيل المصالح ودفع المفاسد.

وقد ذكر ابن القيم -رحمه الله- أن طائفة من القضاة تركوا العمل بالسياسة بحجة أن الشرع لم ينص عليها، فوقعوا في هذه المفاسد، فلما رأى ولاة الأمور ذلك، وأن الناس لا يستقيم لهم أمرهم إلا بأمر وراء ما فهمه هؤلاء من الشريعة أحدثوا من أوضاع سياساتهم شراً طويلاً وفساداً عريضاً، فتفاقم الأمر، وتعذر استدراكه، وعز على العالمين بحقائق الشرع تخليص النفوس واستنقاذها من تلك المهالك [1].

إذا تبين هذا: فإن الخلاف الفقهي إذا تعلق بطريق من طرق الإثبات فللقاضي في ظل سياسته الرشيدة أن يقبل منها ما يشاء، ويرد منها ما يشاء كما تقدم، وله أن يجتهد في استجلاء الصواب ومعرفة المحق من المبطل بما يراه من الأساليب والمسالك ولو لم يرد بذلك شرع منزل، "فإن لله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة فلا يجعله منها، ولا يحكم عند

---

(١) الطرق الحكمية ص ١٣، وانظر: مجموع الفتاوى ٣٥/٤٠٠، تبصرة الحكام ٢/١١٥.

وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له" [1].

فهذا النمط من الاجتهاد القضائي الذي حرره العلماء هو الملائم لمصالح الشرع ومقاصده، ولا يعارض شيئاً من أصوله وفروعه، فهو الذي يتحراه القاضي، ويعمل به فيما ينزل به من الأحكام، ويعرض عليه الخلاف الفقهي ليتبين له القول الصواب من غيره.

ويؤيد هذا ما أثر عن إياس بن معاوية [2] -رحمه الله- من قوله: "قيسوا للقضاء ما صلح الناس، فإذا فسدوا فاستحسنوا" [3].

فأرشد لترك القياس في مقابلة الاستحسان إذا فسدت أحوال الناس ولم تستقم إلا بما هو أحسن من القياس، وهو الاستحسان.

---

(١) الطرق الحكمية ص: ١٤.

(٢) إياس بن معاوية بن قُرَّة بن إياس بن هلال المزني، ولي القضاء لعمر بن عبد العزيز في البصرة، وكان أحد المعروفين بالفراسة والدهاء والفطنة، قال عنه ابن خلكان: "هو اللسِن البليغ، والألمعي المصيب، والمعدود مثلاً في الذكاء والفطنة، ورأسا لأهل الفصاحة والرجاحة، كان صادق الظن، لطيفاً في الأمور، مشهوراً بفرط الذكاء" توفي سنة ١٢٢ هـ . ينظر ترجمته في: أخبار القضاة لوكيع ١/٣٧٤ ط: عالم الكتب، وفيات الأعيان ١/٢٤٧.

(٣) أخبار القضاة لوكيع ١/٣٤١ ط: عالم الكتب.

ويقول القرافي -رحمه الله-: "اعلم أن التوسعة على الحكام في الأحكام السياسية ليس مخالفاً للشرع، بل تشهد له القواعد من وجوه:

أحدها: أن الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول، ومقتضى ذلك: اختلاف الأحكام بحيث لا يخرج عن الشرع بالكلية، لقوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار" [(١)]، وترك هذه القوانين يؤدي إلى الضرر، ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفي الحرج.

وثانيهما: أن المصلحة المرسلة قال بها مالك وجمع من العلماء، وهي المصلحة التي لم يشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها، وهذه القوانين مصالح مرسلة في أقل مراتبها.

ثم ذكر بقية الوجوه، وقال في آخرها: "فقد اختلفت الأحكام والشرائع بحسب اختلاف الأزمان والأحوال، وظهر أنها من قواعد الشرع وأصول القواعد، و لم يكن بدعاً عما جاء به الشرع" [(٢)].

ويقول ابن قيم الجوزية -رحمه الله-: "ولا يقال: إن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع، بل هي موافقة لما جاء به، ومن له ذوق في الشريعة واطلاع على كمالها وتضمنها لغاية مصالح العباد في المعاش والمعاد، ومجيئها بغاية العدل الذي يسع الخلائق، وأنه لا عدل فوق عدلها ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح تبين له أن السياسة العادلة جزء

---

(١) الحديث تقدم تخريجه ص: (٤٦٢).

(٢) الذخيرة ١٠/٤٥-٤٧، وانظر: تبصرة الحكام ٢/١٢٦-١٢٧.

من أجزائها وفرع من فروعها، وأن من أحاط علماً بمقاصدها، ووضعها موضعها، وحسن فهمه فيها لم يحتج معها إلى سياسة غيرها ألبتة، فإن السياسة نوعان: سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها، وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم الفاجر فهي من الشريعة علمها من علمها وجهلها من جهلها" [1].

وحيث كان للقاضي أن يعمل نظره على هذا النحو فيما اختلف فيه من طرق الإثبات وأدلة الوقوع فجدير به أن لا يستغل هذه السلطة التي خولها له الشرع ليهضم بها الحقوق، ويبطل بها البينات الصحيحة، ويستحدث بها أنواعاً من الأحكام التي تخرق السياسة ولا تقيمها، فذلك مما يتنافى ووظيفته التي استؤمن عليها، والله الهادي إلى سواء السبيل.



---

(١) الطرق الحكمية ص: ١٤، وانظر للاستزادة في موضوع السياسة الشرعية: كتاب (جهود الإمام ابن القيم في السياسة الشرعية) للدكتور عبد الله الحجيلي، فقد جاء فيه بغاية التحقيق، وأودع فيه ما لا مزيد عليه.

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على إصدار الحكم في الواقعة المختلف فيها

مسائل الاجتهاد إذا رفعت للقاضي بقصد البت فيها، فإنه يحكم فيها باجتهاده على ما مر، فأي حكم أسفر عنه اجتهاده كان هو الحق الفصل اللازم للخصوم، ولا يسعهم رفضه بدعوى الخلاف؛ لأن منصب الولاية يقتضي أن يكون متبوعاً لا تابعاً ضرورةَ فصل الخصومات، ولولا ذلك لما كان لنصب هذه الولاية معنى، وهذا الأثر هو المقصود بإبرام الحكم القضائي.

وكما يلزم الخصوم فيقتضي منهم الانقياد والتسليم، فكذلك يلزم القضاة والحكام، فلا يسعهم نقضه ما دام للخلاف مساغ في الشرع، وتمخض الحكم فيه عن اجتهاد مَن ثبتت عدالته وعلمه، ولولا ذلك لما استقر حكم البتة؛ إذ ما من حاكم تستهويه شهوته لنقض حكم ما إلا كان له ذلك، ثم لا يعوزه أن يحتج بأن القاضي قبله حكم على خلاف المذهب أو المشهور أو الراجح، وهذا فساد لا يُقر مثله في الشرع.

وهاهنا طرف ثالث غير الحكام والخصوم يلزمهم إذا أبرم حكم قضائي على وفق الاجتهاد المعتبر أن ينكفوا عن التعرض له بالطعن والتشكيك، وهؤلاء هم المسمون بالمفتين، فليس لهم أن يفتوا في قضايا الحكام بخلاف حكمهم فيها، فذلك مما يحرض على محادتهم والانسلاخ من طاعتهم، وهذا الأثر هو المراد من قول الفقهاء: "حكم الحاكم يرفع الخلاف".

وفيما يلي بسط المعنى في هذين الأثرين، ولنفرد لكل واحد منهما مطلباً:

المطلب الأول

إبرام الأحكام القضائية التي يسوغ فيها الاجتهاد

أجمع الفقهاء -رحمهم الله- على أن حكم الحاكم إذا خالف الكتاب أو السنة القطعية أو إجماع الأمة فإن حكمه ينقض لا محالة؛ لأنه لا يمضى إلا ما شرع الله، وهذا قد تيقنا أنه خلاف الشرع [1].

واختلفوا في مسائل الاجتهاد التي تختلف فيها الآراء، وليس عليها نص قطعي لا تحل مخالفته، وهذا مثل الأحكام المستندة إلى أدلة معارَضة بما هو من جنسها إما من نصوص الوحيين، أو من آثار الصحابة، أو من أقيسة العقول.

وأرى أنه من تمام البيان في هذه المسألة سوق كل مذهب على حدة، فإنه لا يتحرر البحث إلا بذلك.

١- مذهب الأحناف:

مسائل الاجتهاد عند الأحناف على قسمين: ما أجمعوا على أنه محل الاجتهاد، وما اختلفوا في كونه محلاً للاجتهاد، وفي كلتا الحالتين إما أن يكون القاضي مجتهداً أو مقلداً يحكم بالمذهب، وعلى كلا الفرضين إما أن يكون ذاكراً لمذهبه أو ناسياً له:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٤/٧، الأم ٢٠٤/٦، ٩٤/٧، الذخيرة ١٣٩/١٠، قواعد الأحكام ٥٧/٢، المغني ١٠٣/١٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣٩/١-١٤٣.

١- فإن كان المحكوم به مجمعاً على كونه محلاً للاجتهاد والقاضي مجتهد ذاكر لمذهبه فظاهر المذهب: أن قضاءه بخلاف مذهبه نافذ، وإذا رفع إلى قاض غيره لم يكن له نقضه.

٢- وإن كان القاضي في هذه الحال ناسياً لمذهبه فقضى بغيره موافقة، فالمروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن قضاءه مبرم لا يصح نقضه، وقال صاحباه بعدم نفاذه نسي ذلك أو تعمده، واستظهر بعض المتأخرين أن القاضي إذا حكم على خلاف مذهبه، فإن كان متوهماً أنه على وفقه فإنه باطل يجب نقضه وإن وافق مجتهداً فيه، وإن كان معتمداً مذهب غيره فإنه لا ينقض، قال: وهذا التفصيل متعين في حكام زماننا؛ فإنهم لا يعتمدون في أحكامهم على الاجتهاد لا مطلقاً ولا مقيداً؛ لكونهم مقلدين، فإذا جرى منهم الحكم بخلاف مذهبهم فهو مقطوع بكونه منه خطأ فينقض [١].

٣- وأما المقلد فحكمه في مسائل الاجتهاد بغير مذهب إمامه لا ينفذ على ما حرره ابن الهمام، وعلل ذلك بأن إمام المسلمين إنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة، فلا يملك المخالفة، فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم [٢].

ومن المتأخرين من حرر أن القاضي المقلد إذا قضى بمذهب غيره فإنه

---

(١) انظر: الفواكه البدرية ص: ١٢٧-١٢٨، البحر الرائق ٧/١٠.

(٢) انظر: فتح القدير ٧/٣٠٦.

ينفذ، وكذا إذا قضى برواية ضعيفة أو بقول ضعيف؛ لإطلاق قولهم: إن القول الضعيف يتقوى بقضاء القاضي [(١)].

٤- وأما إن كان المحكوم به مما لم يقع الإجماع على أنه محل للاجتهاد بأن كان الخلاف فيه زمن الصحابة، ثم أجمع التابعون على أحد أقوالهم فيه، فالمنقول عن أبي حنيفة وأبي يوسف نفوذه؛ لأنه محل للاجتهاد لنقل الخلاف فيه عن الصحابة، ويرى محمد بن الحسن عدم نفوذه؛ لوقوع الإجماع عليه بعد الصحابة، فكان قضاؤه مخالفاً للإجماع.

قال الكاساني -رحمه الله-: "ومرجع هذا الخلاف إلى أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم ؟، فعندهما لا يرفع، وعنده يرفع، فكان هذا الفصل مختلفاً في كونه مجتهداً فيه، فينظر إن كان من رأي القاضي الثاني أنه يجتهد فيه ينفذ قضاءه، ولا يرده لما ذكرنا في سائر المجتهدات المتفق عليها، وإن كان من رأيه أنه خرج عن حد الاجتهاد، وصار متفقاً عليه لا ينفذه، بل يرده لأن عنده أن قضاء الأول وقع مخالفاً للإجماع فكان باطلاً" [(٢)].

وهذا كله إذا تعلق الخلاف بنفس المقضي به، أما إذا كان الخلاف في نفس القضاء هل يجوز أم لا يجوز مثل القضاء للغائب وعليه، أو كان الخلاف في طرائق الإثبات ووسائله ففي نفاذه بخلاف المذهب روايتان اختار المحققون منهما عدم النفاذ إلا بإمضائه من قاض آخر، وعللوا ذلك

---

(١) انظر: البحر الرائق ٩/٧.

(٢) بدائع الصنائع ١٥/٧، وانظر: أصول السرخسي ٣١٩/١-٣٢٠.

بأن الاختلاف إذا وقع في نفس القضاء لا يلزم، ولا يصير مجمعاً عليه، وإنما يصير مجمعاً عليه أن لو كان الاختلاف موجوداً قبل القضاء، فحينئذ يتأكد أحد القولين بالقضاء، فلا ينقض بعد ذلك، وأما إذا كان الاختلاف في نفس القضاء فبالقضاء يحصل الاختلاف، فلا بد من قضاء آخر ليصير مجمعاً عليه لقضائه بعد وجود الاختلاف (١).

وقد يختلفون في بعض المسائل هل الخلاف فيها متعلق بالمقضي به أم بنفس القضاء، وهذا مثل اختلافهم في القضاء على الغائب، فمن ينقضه منهم يرى أن الخلاف فيه في نفس القضاء، فيحتاج لقاض آخر وإلا نقض، ومن يصححه يرى أن الاختلاف فيه ليس في نفس القضاء، بل في سببه، وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أم لا ؟ (٢).

ثم هذا التفصيل الذي ذكره الأحناف كله متعلق بقاضي أهل العدل، وأما قاضي أهل البغي: فذكر الكاساني أن قضايا أهل البغي إذا رفعت إلى قاضي أهل العدل لم يُنفذ منها شيئاً، بل ينقضها كلها وإن كانوا من أهل القضاء والشهادة في الجملة؛ كبتاً وغيظاً لهم لينزجروا عن البغي وإن كان نفس القضاء مجتهداً فيه (٣).

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٤، الفواكه البدرية ص: ١٢٨-١٣٤، فتح القدير لابن الهمام ٧/٣٠٣، تبيين الحقائق ٥/١٩٤.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/٢٩٤.

(٣) بدائع الصنائع ٧/١٤.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن من الأحناف من لا يعتبر إلا خلاف الصحابة ﷺ، وبناء على ذلك قالوا: إن للقاضي أن يبطل ما قضى به القاضي المالكي والشافعي برأيه، أي إنما يلزم إذا كان قول مالك أو الشافعي وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين، فلا ينقض باعتبار أنه مختلف فيه بين الصدر الأول لا باعتبار أنه قول مالك والشافعي، فلو لم يكن فيها قول الصدر الأول كان للقاضي أن يبطله إذا خالف رأيه.

قال ابن الهمام: "وعندي أن هذا لا يعول عليه، فإن صح أن مالكاً وأبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهادياً، وإلا فلا، ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة، ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسألة اجتهادية لخلاف بين أصحابنا حتى ينفذ القضاء بأحد القولين، فكيف لا يكون كذلك إذا لم يعرف الخلاف إلا بين هؤلاء الأئمة" (١).

قلت: مع أن الحنفية لا يختلفون عن أبي حنيفة -رحمه الله- بأنه يُجيز القضاء في المجتهدات إلا أنهم ذكروا فروعاً كثيرة جداً رأوا أن القضاء فيها بخلاف المذهب ينقض مع أن الخلاف فيها مؤيد بالدليل، وربما كان مذهباً للجمهور، إلا أنهم لم يتفقوا على نقض جميع ما استثنوه من المسائل (٢).

---

(١) فتح القدير ٣٠٢/٧. وانظر: حاشية ابن عابدين ٤٠١/٥.

(٢) انظر بعضاً من هذه المستثنيات في: حاشية ابن عابدين ٤٩٢/٤-٤٩٥، فتح القدير ٣٠٣/٧، وانظر لمذهبهم أيضاً: روضة القضاة ٣١٩/١- ٣٢٣، صنوان القضاء ٢١٨/٣، الفتاوى الهندية ٣٥٧/٣.

٢- مذهب المالكية:

حاصل مذهب المالكية: أن مدارك الأحكام في مسائل الخلاف على ضربين:

أحدهما: ما هو في غاية الضعف والشذوذ، فهذا لا يستقر به حكم حاكم، ويجب عليه نقضه إذا حكم به سواء صدر منه أو من غيره، وقيل: إن نقض مثل هذا الحكم يختص بمن أصدره من القضاة ما دام حياً أو لم يعزل، فإن مات أو عزل فليس لغيره نقضه وإن كان وجهاً ضعيفاً.

ويبدو من كلامهم أن ضابط هذا الضرب: هو ما خالف القواعد الشرعية أو النص أو القياس الجلي - وهو ما قطع فيه بنفي الفارق -، وأما ما خالف الإجماع: فليس من مسائل الخلاف، فينقض بكل حال [١].

والضرب الثاني: ما قضي به على خلاف هذه الأصول الثلاثة، أعني النص والقياس والقواعد لكن لمعارض راجح عند القاضي، فهذا لا ينقضه هو ولا غيره؛ مراعاة للخلاف، ولأن الدليل الذي استند إليه في تلك الحادثة بمنزلة النص مع العام يقدم عليه عند التعارض، وإنما نزل منزلة النص؛ لأن الخلاف إذا قوي مدركه واتصل به حكم حاكم تقوى به حتى يصير بمنزلة النص.

واشترطوا لنفاذه في هذه الحال أن يكون القاضي من أهل العلم والعدل، وأن يصدر حكمه على فقه وبصيرة، فمثل هذا لا يتعرض

---

(١) انظر: الإحكام للقرافي ص: ٨٢-٨٤، ٨٨، تبصرة الحكام ٦٣/١.

لأحكامه بحال إلا أن يُتقين فيها الخطأ، كما لو ثبت أنه ذهل عما يعتقده راجحاً فحكم بغيره سهواً، أو قضى بخلاف رأي مقلّده -وهو الإمـــام- فذلك ينقض؛ لكونه معزولاً عن الحكم بغير رأي الإمام وشرطه.

أما لو كان جاهلاً فإن أقضيته تكشف، فما كان منها صواباً أمضي واعتد به، وما كان منها خطأً بيناً فلا خلاف في رده ونقضه.

ومن أصحاب المذهب من يرى أن ترد أحكام الجاهل في مسائل الخلاف؛ لأن ذلك كان منه حدساً وتخميناً، والقضاء بمثل ذلك باطل، ومنهم من يقيد ذلك بما إذا لم تعرف منه المشاورة لأهل العلم، أما إن كان يشاور في أحكامه فلا وجه لنقضها؛ لاجتماع الفقهاء عليها [(١)].

وأما الجائر من القضاة: فاختلف المالكية فيه على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن أحكامه تنقض كلها صوابها وخطؤها، ووجه ذلك: أنه لا يؤمن حيفه، وقد يكون أظهر الصواب والعدل في قضائه وأشهد على ذلك، ويكون باطن أمره فيه الجور والحيف، إلا ما عرف من أحكامه أن حكمه فيه صواب، وباطن أمره كان صحيحاً مستقيماً، وشهد بذلك من عرف القضية، وعرف كيف شهد فيها من أهل العدل، فإنه يمضي ولا يرد؛ لأنه إذا رد وقد ماتت البينة وانقطعت الحجة كان ذلك إبطالاً للحق.

القول الثاني: أنها لا تنقض بحال إلا أن يتبين فيها وجه الجور بأن

---

(١) انظر: الإحكام للقرافي ص: ٨٢-٨٤، ٨٨، تبصرة الحكام ١/٦٥، حاشية الدسوقي ٤/١٥٦.

يكون الحكم مفسراً، مثل أن يقضي بشهادة نصراني، أو يقضي بالميراث للعمة أو للخالة فتنقض عليه، وأما إن وجد القضاء مبهماً لم يتبين فيه الجور والخطأ الصراح، مثل أن يجد فيه: شهدت عندي بينة فقبلتها، ورأيت أن الحق لفلان فقضيت له بما تبين لي، فمثل هذا ليس لمن بعده أن ينظر فيه، ويحمل القضاء على الصحة ما لم يثبت الجور، وفي التعرض لذلك ضرر بالناس ووهن للقضاء ، فإن القاضي لا يخلو من أعداء يرمونه بالجور، فإذا مات أو عزل قاموا يريدون الانتقام منه بنقض أحكامه، فلا ينبغي للسلطان أن يمكنهم من ذلك.

القول الثالث: أنه يمضى من أحكامه ما عدل فيه و لم يسترب فيه، ويفسخ ما تبين فيه الجور إن استريب ، ويفعل فيها من الكشف ما يفعل بأقضية الجهال، وهذا يشمل قضاة أهل العدل وقضاة أهل الجور من البغاة ونحوهم، فكل ذلك يكشف [1].

وقد أورد المالكية فروعاً خلافية كثيرة تمثيلاً لما خالف القواعد والنص، لكنهم لم يتفقوا على أنها تنقض، بل غالباً ما يترجح في آحادها عدم النقض ، فتبقى هذه الضوابط المذكورة هنا تقريبية ليس إلا [2].

---

(١) انظر: الفروق ١٩٢/٢- ١٩٦، الذخيرة ١٣٣/١٠، تبصرة الحكام ٦٥/١-٦٦، الشرح الكبير ١٥٣/٤، مواهب الجليل ١٣٥/٦- ١٣٨.

(٢) انظر بعض هذه الفروع في: الفروق ٧٩/٤-٨٠، وحاشية الدسوقي ١٥٣/٤.

٣- مذهب الشافعية:

حاصل مذهب الشافعية: أن الخطأ في القضاء على ضربين [١]:

أحدهما: أن يخطئ فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد.

والثاني: أن يخطئ فيما يسوغ فيه ذلك.

فأما الأول: فضابطه: كل ما خالف نص الكتاب أو السنة القطعية أو الإجماع أو القياس الجلي[٢]، ويلحق بهذا اجتهاده المخالف لخبر الواحد الصحيح الصريح الذي لا يحتمل إلا تأويلاً بعيداً ينبو الفهم عن قبوله، فحكمه بخلاف هذه الأصول باطل ينقضه هو وغيره؛ لتيقن البطلان فيه، ويلزمه إعلام الخصمين بذلك ليترافعا إليه حتى ينقض حكمه على الأصح.

وأما ما يسوغ فيه الاجتهاد: فضابطه: ما تتعارض فيه الأدلة ويتقارب فيه النظران مما لا يعارض هذه الأصول أو أحدها، وعلى هذا عامة ما اختلف فيه أهل العلم مما قوي مدركه، فهذا إذا كان القاضي من أهل العدل والاجتهاد فقضاؤه نافذ لا يُتعقب من غيره، ولا ينقضه على نفسه.

---

(١) انظر: أدب القاضي للماوردي ٦٨٨٢/١.

(٢) قال الخطيب الشربيني: "القياس الجلي: ما قطع فيه بنفي تأثير الفارق بين الأصل والفرع، أو ما يبعد تأثيره كقياس الضرب على التأفيف للوالدين، وكذا ما قطع فيه بالمساواة وإن لم يكن أولى كقياس غير السمن من المائعات عليه في حكم وقوع الفأرة، وربما خص بعضهم اسم الجلي بما كان الفرع فيه أولى بحكم الأصل، وسمى ما كان مساوياً واضحا". مغني المحتاج ٣٩٦/٤.

وأما إذا لم يكن من أهل الاجتهاد، - وهو من قلده الإمام لضرورة على أن يحكم بمذهب إمامه -، فهذا إذا قضى بغير مذهب إمامه و لم يكن معتمداً عند أهل المذهب فلا شك في بطلان حكمه، وأما المعتمد في مذهبه فالأقوى: أنه لو حكم بغير مذهب من قلده لم ينقض؛ بناء على أن للمقلد تقليد من شاء.

وأما الذي لا يصلح للقضاء وهو الجاهل بالأحكام، فإن أحكامه تنقض وإن أصاب فيها؛ لأنها صدرت ممن لا ينفذ حكمه، ويترجح أنه لو ولاه ذو شوكة ومنعة بحيث ينفذ حكمه مع الجهل أو نحوه أنه لا ينقض ما أصاب فيه.

وإذا كان القاضي ليس من أهل العدل كقضاة البغاة ونحوهم من أهل الجور فإن كان لا يستحل دماء أهل العدل فمن الشافعية من قال: لا ينفذ حكمه؛ لأنه ليس بعدل، ومن شرط القاضي العدالة، ومنهم من يطلق نفوذ قضاء البغاة؛ لمصلحة الرعية.

وأما إذا لم يكن قاضيهم ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم نفذ حكمه فيما ينفذ فيه حكم قاضي أهل العدل؛ لأن لهم تأويلاً يسوغ فيه الاجتهاد، ولو حكم بما يخالف النص أو الإجماع أو القياس الجلي فهو باطل [١].

---

(١) انظر: الوسيط ٣٠٤/٧، روضة الطالبين ٥٣/١٠، ١٥٠/١١-١٥١، مغني المحتاج ١٢٤/٤، ٣٩٦ وانظر للمذهب الشافعي أيضاً: الأم ٢٠٤/٦، ٩٤/٧، =

هذا حاصل المذهب الشافعي، وقد ذكروا فروعاً لما ينقض فيه القضاء مما اختلف فيه أهل العلم ، و لم يقع لهم عليها وفاق، بل صحح النووي وغيره عدم النقض فيها، وهذا لاختلاف الأنظار في هذه المسائل هل هي مما يعتبر أم ليس مما يعتبر [١].

ولذلك قال الغزالي: "وعلى الجملة فإذا لم ينقدح عنده إمكان الإصابة عند الله عز وجل بعد إحالة وقع فينقضه، وهذا مما يختلف بالمجتهدين والوقائع، وإنما لا ينقض القضاء حين يتقارب النظران تقارباً لا يبعد وهم الإصابة أو المصير إلى أن كل واحد مصيب" [٢].

٤- مذهب الحنابلة :

تحصيل مذهب الحنابلة: أن القضاة على ثلاثة أصناف:

الصنف الأول: من يصلح للقضاء، وهم أهل العلم والعدل، فقضاياهم على قسمين:

أحدهما: ما خالف نص الكتاب، أو نص السنة الصحيح، أو إجماع الأمة القطعي [٣]، أو كان خلاف ما يعتقد أنه الحق، فهذا ينقض أبداً، ولا

= أدب القاضي للماوردي ٦٨٨٢/١-٦٨٥، الإبهاج ٢٦٦/٣-٢٦٨، الأشباه والنظائر لابن السبكي ٤٠١/١-٤١٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ١٠١.

(١) انظر: روضة الطالبين ١٥١/١١-١٥٢، فتاوى الهيتمي ٣١٤/٤.

(٢) الوسيط ٣٠٦/٧-٣٠٧.

(٣) الإجماع ينقسم قسمين: قطعي وظني، فالقطعي: ما توفرت فيه جميع الشروط =

يجوز إقراره وإمضاؤه؛ لأنه قضاء لم يصادف شرطه فوجب نقضه، وبيان مخالفته للشرط: أن شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص، ولأنه إذا ترك الكتاب والسنة فقد فرط، فوجب نقض حكمه كما لو حكم بشهادة كافرين.

ومن الحنابلة من ذهب إلى أنه لوحكم في مسألة مختلف فيها بما يرى أن الحق في غيره أثم وعصى بذلك، ولم ينقض حكمه ألا أن يكون مخالفا لنص صريح [١].

القسم الثاني: ما عدا ذلك مما لا يعارض هذه الأصول، وهذا فيه تفصيل واختلاف:

فإن كان خلاف الإجماع الظني فالأصح أنه لا ينقض؛ لجواز الاجتهاد فيه، وإن كان خلاف القياس الجلي ففيه قولان لأهل المذهب الصحيح منهما عدم نقضه [٢].

وأما ما وقع خلاف قول الصحابي - وهو من أصول المذهب - فهذا إن جعل حجة توجه نقضه كمخالف النص، وإلا لم ينقض [٣].

= التي لا يختلف فيه مع وجودها، ونقل تواتراً، والظني بخلافه، وهو ما اختل فيه أحد القيدين بأن يوجد على وجه مختلف فيه متواتراً، ومتفقاً عليه آحاداً.
انظر: شرح مختصر الروضة٣/١٢٧، المدخل لابن بدران ص: ٢٨٥.

(١) انظر: المغني ١٠/١٠٣، الإنصاف ١١/٢٢٣-٢٢٥.

(٢) الإنصاف ١١/٢٢٤.

(٣) المرجع السابق ١١/٢٢٥.

ثم إذا ساغ له نقض الحكم في هذه المسائل فإنما ينقضه على نفسه خاصة، وليس له أن يتتبع قضايا من قبله؛ لأن الظاهر صحتها وصوابها، وأنه لا يولى القضاء إلا من هو من أهل الولاية، فإن تتبعها وظهر له فيها خطأ بين فإن تعلق ذلك بحق الله نقضه من غير مطالبة؛ لأن له النظر في حقوق الله سبحانه، وإن كان يتعلق بحق آدمي لم ينقضه إلا بمطالبة صاحبه؛ لأن الحاكم لا يستوفي حقاً لمن لا ولاية عليه بغير مطالبته [١].

الصنف الثاني: من لا يصلح للقضاء، وهو من لم يبلغ درجة العالم العدل أو كان فاسقاً، فهذا تنقض قضاياه المخالفة للصواب كلها، سواء كانت مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا يسوغ؛ لأن حكمه غير صحيح، وقضاؤه كلا قضاء؛ لعدم شرط القضاء فيه، وليس في نقض قضاياه نقض الاجتهاد بالاجتهاد؛ لأن قضاءه الأول ليس باجتهاد، ولا ينقض ما وافق الصواب لعدم الفائدة في نقضه؛ فإن الحق وصل إلى مستحقه.

ومن أصحاب المذهب من رأى أن قضاياه تنقض كلها ما أخطأ فيها وما أصاب؛ وعللوا ذلك بأن وجود قضائه كعدمه، وضعفه ابن قدامة، ووجهه بأنه: "لا فائدة فيه؛ فإن الحق لو وصل إلى مستحقه بطريق القهر من غير حكم لم يغير ذلك، وكذلك إذا كان بقضاء وجوده كعدمه" [٢].

---

(١) انظر: المغني ١٠/١٠٤.

(٢) المغني ١٠/١٠٥، وانظر: الإنصاف ١١/٢٢٥، كشاف القناع ٦/٣٢٧.

الصنف الثالث: قضاة أهل الجور :وهم قسمان: بغاة وخوارج [(١)]:

فأما البغاة: فإن كان قاضيهم عدلاً لا يرى إباحة دم المسلمين وأموالهم فهذا لا ينقض شيء من أحكامه إلا ما ينقض من أحكام قاضي أهل العدل؛ لأن بغيهم كان بتأويل سائغ، فلم يمنع صحة القضاء و لم يفسق كاختلاف الفقهاء، وإن ولوا قاضياً يستحل دماء المسلمين وأموالهم لم يجز قضاؤه لأنه ليس بعدل.

وأما الخوارج: فالمذهب: أنه لا تصح أحكام قاضيهم؛ لأن أقل أحوالهم الفسق، والفسق ينافي القضاء، ويحتمل أن يصح قضاؤه وتنفذ أحكامه؛ لأن هذا مما يتطاول، وفي القضاء بفساد قضاياه وعقوده الأنكحة وغيرها ضرر كثير، فجاز دفعاً للضرر [(٢)].

الموازنة والترجيح:

الناظر في هذه الأقوال يتحصل لديه أن المذاهب الأربعة متفقة في

---

(١) سبق تعريف البغاة ص: (١٣٩)، وأما الخوارج: فمذهبهم قائم على تكفير مرتكب الكبيرة، وتخليده في النار، والخروج على السلطان الجائر، وهم أول فرقة مرقت في صدر الإسلام، وسفكوا دم المسلمين، ويجمعهم تكفير علي وعثمان وأصحاب الجمل ومن رضي بالتحكيم، وهم نحو من عشرين فرقة. انظر: الفرق بين الفرق ص: ٥٤، الملل والنحل ص: ١١٣.

(٢) انظر: المغني ١٣/٩، الإنصاف ٣١٩/١٠، وانظر للمذهب أيضاً: المدخل لابن بدران ص: ٣٨٤، كشاف القناع ١٦٦/٦، ٣٢٦.

الجملة على أن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد صحيح مبرم، لا يصح له ولا لغيره نقضه، وإنما يختلفون في بعض تفاصيل هذه الجملة من جهة اختلافهم في مدرك تلك الأحكام ومدى قوته وضعفه، فمن يرى نقض الحكم يحتج ببطلان المدرك ووهنه، ومن يخالف فإنه لا يسلم بضعفه ولا ببطلانه، بل هو عنده مما يسوغ مثله في الشرع، وهذا مما تختلف فيه الأنظار حتى داخل المذهب الواحد، ولذلك لم تجتمع كلمة مذهب على جملة واحدة في ضبط ما ينقض مما لا ينقض، و لم يحصل اتفاق مذهبي على جميع ما يورد من الفروع مُثلاً لما ينقض من مسائل الخلاف.

ومن هنا: فالذي يتحصل أن القاضي إذا ولي القضاء على شرطه - وهو كونه من أهل العلم والصلاح، وله خبرة بالقضاء وأغواره، وحكم في مسألة اجتهادية لا يقطع النظر فيها بحكم معين -، فإن حكمه ماض محكَم، وليس له ولا لغيره نقضه؛ لأنه يفضي إلى اضطراب الأحكام، وعدم الوثوق بالقضاة، وكل ذلك خلاف مقصود الشارع من هذه الولاية، ثم في هذا سد للذريعة أمام من يروم التلاعب بالأحكام لغرض يدفعه لذلك.

وأما من عدا هذا الصنف فالذي يترجح في النظر: أن أحكامه تكشف، فما خالف الصواب منها نقض، وما وافقه لم يكن لنقضه فائدة، بل لا بد في نقض الصواب من ضرر، وهذا التفصيل قريب من مذهب المالكية والحنابلة، والله تعالى أعلم [1].

---

(١) وقد نص نظام القضاء في المملكة العربية السعودية في الفصل الرابع من =

المطلب الثاني

ارتفاع الخلاف وتغير الفتوى بعد صدور الحكم القضائي

من آثار قاعدة هذا الباب: أن الحكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف، ويغير الفتوى، فما معنى هذين الأثرين؟:

أما رفع الخلاف: فمعناه: أن الحكم بعد صدوره صحيحاً مستوفياً لشرطه يَمنع العمل بمقتضى الخلاف في هذه الجزئية التي حُكم فيها، وهذا يشمل القاضي والخصوم:

أما القاضي: فرفع الخلاف في حقه يعني: أنه لا يحل له أن ينقض ما مضى من الأحكام إذا كانت من مسائل الاجتهاد، بل تصير تلك الأحكام في حقه بمثابة ما أجمع عليه، وهذا فيما لم يتبن له فيه البطلان، وإلا كان له أن ينقض حكمه، والقاعدة في هذا: أن "كل تصرف متنازع فيه إذا حكم الحاكم بصحته لم يكن لغيره نقضه إذا لم يخالف نصاً ولا إجماعاً" [1].

= الباب الثالث م:(٦٢-٧٠) على ضرورة تتبع أحكام القضاة في المحاكم العامة والجزئية دون محاكم التمييز للتأكد من نزاهة أحكام القضاة وقيامهم بواجب أداء الأمانة على وجهها، وهذا فيه خير للقضاة حتى لا تتطرق لهم تهم المرجفين والمغرضين. انظر: التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية لآل دريب ص: ٤٠٤-٤٠٥.

(١) مجموع الفتاوى ٥٨/٣٠.

وهذه المسألة - أعني رفع الحكم للخلاف - متفق عليها بين الفقهاء في الجملة [١]، إلا أنهم يختلفون في بعض جزئيات هذا الفرع من جهة اختلافهم في قوة المدرك وضعفه، وقد سبق آنفاً تفصيل ذلك في المذاهب فلا معنى لتكراره.

وأما الخصم: فإن كان محكوماً له: فالفقهاء يختلفون هل يكون حكم الحاكم في حقه بمنزلة نص الشارع حيث يجوز له الإقدام على ما يعتقده حراماً أم ليس له ذلك؟.

ومثال ذلك: لو طلقها ثلاثاً دفعة واحدة، فخاصمها إلى قاض يراها رجعية بعد الدخول، فقضى بكونها رجعية، والزوج يرى أنها بائن ، فمن الفقهاء من يرى أنها تحل له بالحكم؛ قياساً على المحكوم عليه، وحتى تتفق الكلمة ويتم الانتفاع، ومنهم من لا يرى له ذلك؛ بناء على أنها حرام عليه في ظنه، والحكم لا يحل حراماً، ومنهم من يفرق بين المجتهد وغيره، فيحرمها على المجتهد، ويرى لغيره أن يتبع رأي القاضي؛ لكونه لا رأي له.

وأما المحكوم عليه: فلم يقع بينهم نزاع معتبر في أنه يتبع رأي القاضي ظاهراً، وأنه يلزم به على كل حال؛ لأنه لا يتحقق الفصل إلا بذلك، وقد سبق بسط هذه المسألة ومناقشة الخلاف فيها في مبحث المحكوم له أو

---

(١) انظر: الفواكه البدرية ص: ١٣١، حاشية ابن عابدين ٥٣٧/١، الفروق للقرافي ١٩٢/٢، حاشية الدسوقي ١٥٦/٤، فتاوى السبكي ٣٢٨/٢-٣٢٩، المنثور ٦٩/٢، مجموع الفتاوى ٥٨/٣٠، كشاف القناع ٣٢٤/٦، ٣٥٩.

عليه، فلا أرى لتكراره فائدة، ولكن جر لذكرها هنا أنها من تتمة بيان القاعدة والتنبيه على ما يترتب عليها [١].

وأما رفع الحكم للفتوى: فمعناه: أن القاضي متى حكم في قضية معينة من مسائل الخلاف فلا يحل لمفت أن يفتي فيها بعينها بخلاف ما حكم به الحاكم؛ وسبب ذلك: أن منصب القضاء يقتضي أن يكون متبوعاً لا تابعاً، فلا جرم أن تكون أحكامه ملزمة للخصوم، وإذا صدرت الفتاوى بخلاف حكمه أدى إلى دوام المنازعة في تلك القضية، وهذا ضرب من مشاقة الحكام، وهو محرم شرعاً، وقد سبق قول أبي المعالي الجويني -رحمه الله-: "ومنصب الولاية (يعني ولاية القضاء) يقتضي أن يكون الوالي متبوعاً لا محالة، فإذا استتبع الوالي البالغ مبلغ المجتهدين المقلدين فليس ذلك بدعاً؛ فإنه أبر عليهم بمنصب الولاية، ثم بالإمامة في الدين، فإن استتبع مجتهداً مثله فالسبب فيه أنه وإن ساواه في الاجتهاد فقد أربى عليه بالولاية، وهي تقتضي الاستعلاء والاحتواء على تفنن الآراء" [٢].

وجدير بالذكر أن رفع الحكم الخلاف مخصوص بتلك القضية التي صدر فيها الحكم، وبما قوي مدركه من مسائل الاجتهاد، أما ما عدا تلك القضية من مثيلاتها فلا تتغير فيها الفتوى، ولا يرتفع فيها الخلاف، بل تبقى على حالها؛ لأنه لا مفسدة في الفتوى بخلاف حكم الحاكم في مثيلتها.

---

(١) راجع ما تقدم في مبحث: القضاء بخلاف مذهب الخصوم ص: (٥٠٤).

(٢) الغياثي ص: ٢٩٩.

وقد ذهب بعض المالكية إلى أن حكمه يرفع الخلاف في سائر ما يماثلها من القضايا، ومن ثم تصير المسالة مجمعاً عليها، فلا يجوز لأحد أن يخالفها بعد ذلك بحكم أو بفتوى[١].

وهذا رأي ضعيف جداً، وسبب ضعفه: أنه لا دليل عليه، وقياسه على تغير الفتوى في تلك القضية غير مسلم؛ لأن الفتوى بخلاف حكم الحاكم في تلك القضية فيه مفسدة كما سلف بخلاف غيرها من القضايا، فتبقى على أصلها.

يقول الإمام أبو العباس بن تيمية -رحمه الله-: "ما تنازع فيه العلماء ليس لأحد من القضاة أن يفصل النزاع فيه بحكم، أو يقول: حكمت بأن هذا القول هو الصحيح، وأن القول الآخر مردود على قائله، بل الحاكم فيما تنازع فيه علماء المسلمين أو أجمعوا عليه قوله في ذلك كقول آحاد العلماء إن كان عالماً، وإن كان مقلداً كان بمنزلة العامة المقلدين" [٢].

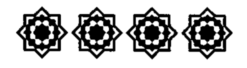
ويقول شهاب الدين القرافي: -رحمه الله-: "المدرك المختلف فيه إن كان في غاية الضعف فلا عبرة به، بل ينقض به الحكم لتبين بطلانه، وإن كان متقارباً مع ما يعارضه في الشريعة فهاهنا خلافان: أحدهما في المدرك، والآخر في الحكم المترتب عليه، فحكمه على وفق ذلك المدرك يمتنع

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ١٥٦/٤.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٩٦/٢٧.

نقضه؛ لاتصال حكم الحاكم به، وليس حكمه بأحد القولين حكماً منه بأحد القولين في المدرك، ولو كان كذلك لامتنع الخلاف فيه بعد ذلك كما في القضاء بالشاهد واليمين؛ لكون بعض الحكام حكم به، لكنه لا يرتفع الخلاف في هذا المدرك أبداً إلا أن ينعقد عليه إجماع في عصر من العصور، فظهر أن الحكم بالمدرك المختلف فيه ليس حكماً بالمدرك بل بمقتضاه" [١].



---

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ص: ٨٢-٨٤، وانظر له أيضاً: الذخيرة ١٠/١٤٥، الفروق ٢/١٩٢-١٩٧.

الباب الثاني

أثر اختلاف الفقهاء في قواعد الحكم القضائي في الفروع الفقهية

الفصل الأول

القواعد التي يبنى عليها تقرير الحكم القضائي

الفصل الثاني

القواعد المتعلقة بطبيعة الحكم القضائي بعد صدوره

الفصل الأول

القواعد التي يبنى عليها تقرير الحكم القضائي

المبحث الأول: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان

المبحث الثاني: ما قوي مدركه من مسائل الاجتهاد يراعى فيه الخلاف

المبحث الثالث: اختلاف الفقهاء شبهة تدرأ بها الحدود

المبحث الرابع: من سقطت عنه العقوبة لموجب ضوعف عليه الغرم

المبحث الخامس: الحكم بنقيض القصد الفاسد

المبحث الأول

لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان

هذه القاعدة من القواعد المفرعة على قاعدة "العادة محكمة"، وهي تشبهها في جل أحكامها، إلا أن بينهما فرقاً أوجب تغايرهما في بعض الأحكام، وهو: أن العوائد تنقسم إلى عوائد ثابتة لا تتبدل أحكامها مهما اختلفت الأوضاع والأزمان، وإلى عوائد متغيرة، بمعنى: أن أحكامها تختلف باختلاف الأعراف والعوائد والأزمان، وقاعدة الباب تتعلق بالقسم الأول، بينما قاعدتنا هذه تختص بالقسم الثاني [1].

وقد ذكرت القاعدة بهذه الصيغة في المادة (٣٩) من مجلة الأحكام العدلية، وهي موضوعة بهذا اللفظ في خاتمة كتاب (مجامع الحقائق) [2]، وهذا الكتاب يعد المصدر الأساسي لقواعد المجلة، ولعل مصنفه أول من صاغ القاعدة بهذه العبارة.

لكن مضمونها قد طرقه الفقهاء من قبلُ بالبحث والتخريج في بحثهم للعرف والعوائد والمصالح المرسلة، ومن هؤلاء: شهاب الدين القرافي في (الفروق ١/٣٨٥-٣٨٧)، والشاطبي في (الموافقات ٢/٤٨٣-٥٠٠)،

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٢/١٠٠٨-١٠٠٩، القواعد الكلية والضوابط الفقهية لشبير ص: ٢٥٩.

(٢) انظر: مجامع الحقائق لأبي سعيد الخادمي ص: ٣٧٠.

وعز الدين بن عبد السلام في (قواعد الأحكام ١٠٧/٢)، وابن القيم في (إعلام الموقعين ٣/٣)، وابن عابدين [1] في رسالته (نشر العرف) وغيرهم.

وأما المعاصرون: فقد أشبعوا مضمونها بحثاً، وألفوا فيه مصنفات وأبحاثاً ورسائل علمية ما بين مختصر منها ومطول [2].

وليس بمستغرب أن تنال قاعدة كهذه مثل هذا الاهتمام، فهي جديرة بذلك؛ لما لها من شأن كبير في التشريع والاجتهاد، ولكونها من دعائم القضاء وإحدى أسسه الكبرى التي يبني عليها ما لا ينحصر من الأحكام

---

(١) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن محمد صلاح الدين المعروف بابن عابدين الدمشقي، من أعيان الحنفية المتأخرين، له جهود واختيارات في المذهب الحنفي، ومصنفاته تشهد له بعلم غزير، من آثاره: (رد المحتار على الدر المختار) وشرح الرسالة المسماة (عقود رسم المفتي) توفي سنة ١٢٥٢هـ.
انظر ترجمته في: الأعلام ١٥٢/١، هدية العارفين ٣٦٧/٢.

(٢) من ذلك ما ألفه الدكتور محمد كوكسال في أطروحته للدكتوراه (تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية) ومحمد راشد علي في بحثه للماجستير (الفقه والقضاء وأولوا الأمر ودورهم التطبيقي لقاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان) وجل من ألف في القواعد من المعاصرين لم يغفل ذكر هذه القاعدة، انظر على سبيل المثال: (شرح القواعد الفقهية) للزرقا ص: ٢٢٧، (القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها) للدكتور صالح السدلان، ص: ٤٢٦ و (القواعد الكلية والضوابط الفقهية) للدكتور محمد عثمان شبير ص: ٢٥٩، و (قاعدة العادة محكمة) للدكتور عبد الوهاب الباحسين ص: ٢١٧ وما بعدها.

والإجراءات القضائية، وما يتصل بذلك مما هو من صميم السياسة الشرعية التي يكون الناس معها أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد.

ومما يجدر ذكره هنا: أن معظم الباحثين درجوا على اعتبار هذه القاعدة من صميم العرف والعوائد، وهذا يصح من جهة اعتبار أن العرف هو العامل الأكبر في حدوث هذا التغير، ولكن بإمعان النظر في المثل التي يوردها الفقهاء بهذا الصدد يلفى أن معظمها من قبيل العمل بالمصالح المرسلة لا العرف.

ومن هنا يقوى في النظر القول بأن الأليق بالقاعدة أن تعتبر من صميم نظرية المصالح المرسلة - كما حرره الدكتور مصطفى الزرقا -، وعلل ذلك بأن قعود الهمم وفساد الذمم وقلة الورع وكثرة الطمع والمستحدثات الجديدة ليست أعرافاً يتعارفها الناس ويبنون عليها أعمالهم ومعاملاتهم، وإنما هي انحلال في الأخلاق يضعف الثقة، أو هي اختلاف في وسائل التنظيم الزمني، وكل ذلك يجعل الأحكام التي أسسها الاجتهاد على هذا الاعتبار تصلح في زمن دون آخر (١).

والناظر فيما كتب عن هذه القاعدة يجد أنها كانت من أوسع مثارات الجدل والخلاف في العصر الحاضر، ويمكن القول بأن السبب في ذلك يعود إلى أمرين:

أحدهما: ما يفهم من ظاهر القاعدة وإطلاقها، وهو أن تغير الأزمان

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام ٢/٩٥٧.

حاكم على الأحكام الشرعية بإطلاق سواء كانت من الأحكام القطعية التي لا يدخلها تغيير، أو من الأحكام الاجتهادية التي تدور مع المصلحة حيث لا تعارض نصاً ولا تخالف أصلاً، وقد حمل لواء هذا الرأي طائفة من المعاصرين ممن نسبوا إلى الزندقة والإلحاد، وهؤلاء رأوا أن أحكام الشريعة مهما بلغت منزلتها من الثبوت والقطع فهي مرنة أي يمكن أن يُعتاض عنها بغيرها مما يوافق المصلحة العامة، ويحقق النفع للناس وللمجتمع، وبنوا على ذلك إهدار كثير من القطعيات في الشرع مثل الحدود وأحكام الميراث والأنكحة والطلاق وغيرها [(١)].

الثاني: اشتراك هذه القاعدة مع قاعدة المصالح المرسلة، إذ إن كثيراً من أحكامها أو جلها يصلح أن يندرج ضمن العمل بالمصالح المرسلة، وقد

---

(١) يذهب إلى هذا الباطل دعاة الحداثة والتجديد في الدين، وهم الموسومون بالعصرانيين، والعصرانية هنا لا تعني مجرد الانتماء إلى هذا العصر، ولكنها مصطلح خاص يراد به "وجهة نظر في الدين مبنية على الاعتقاد بأن التقدم العلمي والثقافة المعاصرة يستلزمان إعادة تأويل التعاليم الدينية التقليدية على ضوء المفاهيم الفلسفية والعلمية السائدة"، ولا يختص هذا الفكر بالدين الإسلامي، بل قد وجد من قبل في الديانة اليهودية والنصرانية، ثم دب إلى الإسلام عن طريق مجموعة من المفكرين الذين ينتمون للمدرسة العصرانية.

انظر: (المدرسة العصرانية) مقال في مجلة البيان أعده محمد الناصر، عدد ١٣٧، ص: ١١٤، و (موقف العصرانيين من الفقه وأصوله) مقال له أيضاً، ضمن نفس المجلة عدد ١٤٦، ص: ١١٢.

سبق أن من الناس من يرفض العمل بالمصالح والتحاكم إليهـا في ظـاهر الأمر، وإن كان التحقيق أن المصالح لم يغفلها مجتهد، ولم يخل منها مذهب.

على أنه يمكن أن ينضاف إلى ذلك سبب آخر: وهو اختلافهم في تحديد مجالات العمل بالقاعدة وتحقيق مناطها، ومن أنكر القاعدة لهـذا السبب فإنه خرج تلك الفروع على أصول أخر مثل المصالح والعرف ونحوها، فيؤول الأمر هنا إلى أن يكون النزاع في عبارة.

المطلب الأول

شرح القاعدة وبيان معناها

"لا ينكر": النكر في اللغة: مصدر نكر الشيء، وأنكره إذا جهله، أو عابه، ولم يتقبله [1].

"تغير الأحكام": التغير: يدل في أصله على اختلاف شيئين، يقـال: غيرت الشيء تغييراً إذا أزلته عن صفته التي كان عليها [2].

والتغير في الأحكام الشرعية يقتضي انتقالها من الشرعية إلى عدمها إلا أن هذا المعنى غير مراد بالقاعدة، بل المراد -كما سيأتي- تبديل حكم شرعي بحكم شرعي آخر، أو بما لا يخالف مقتضى الشرع وأصوله.

والمراد بالأحكام: الأحكام الشرعية، وتقدم تعريف الحكم بأنه: "خطاب

---

(١) لسان العرب ٥/٢٣٣، المصباح المنير ٢/٦٢٥.

(٢) لسان العرب ٥/٣٧، المصباح المنير ٢/٤٩٥.

الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع"[١].

ومعنى القاعدة: أنه لا يعاب ولا ينكر تبدل الأحكام الشرعية بتبدل الأزمان واختلاف الأحوال؛ إذ من المقرر في فقه الشريعة أن لتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيراً كبيراً في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية ذات الارتباط الوثيق برعاية المصالح، وبطبيعة الحال فإن هذه المصالح من شأنها أن تتبدل كلما تقدم الزمن، واختلفت الأعراف وأحوال الناس، فيستتبع ذلك تجديد الاجتهاد وإعادة النظر فيما قرر سابقاً ودون على أنه شرع منزل.

ولا ينكر أن جملة من الاجتهادات التي صار إليها الفقهاء - رحمهم الله - في عصور مضت إنما صاروا إليها علاجاً لحالة طارئة أو نازلة مستجدة، ولم يجعلوها شرعاً لا يجوز خرقه على مدى الأزمان، بل أناطوها بالمصلحة حسبما تقتضيه معطيات الأزمان وأحوال الأمم، والذي يصدق ذلك أن كثيراً من هذه الاجتهادات لا يمكنها أن تحقق المصلحة المرجوة على نحو ما حققته في أزمانهم، بل لربما أضرت بالناس، ولم تجد عليهم نفعاً، ولا ينكر هذا من له اطلاع على نوازل العصور وحوادث الدهور.

ومن هنا نجد أن كثيراً من أتباع المذاهب الفقهية المشهورة خالفوا أئمتهم في بعض مسائل الاجتهاد لتغير الأعراف والعوائد، وقد صرحوا بأنه لو عاش

---

(١) راجع ص: (٩٣) من هذه الرسالة.

الأئمة إلى زمنهم لما كان لهم بد من أن يغيروا من فتاويهم وآرائهم[(١)].

وفي هذا السياق تجدر الإشارة إلى أمور هي بمثابة الضوابط والقيود على هذه القاعدة:

١- أن الأحكام التي يدخلها التغيير باختلاف الأزمنة هي الأحكام الاجتهادية التي يكون مستندها العرف والمصلحة، أما الأحكام القطعية التي استقر عليها العمل، ولم يكن بناؤها على عرف حادث أو قياس مصلحي فهذه لا سبيل لتبديلها مهما تبدلت الأعراف وتغيرت الأزمان؛ لكونها إنما شرعت لإصلاح الأعراف وتهذيب الناس، فهي الحاكمة على عوائد الناس ومعطيات الزمن لا أنها محكومة، ولكن قد تختلف وسائل تحقيقها وأساليب تطبيقها باختلاف الزمن، وذلك لا يعد تغيراً [(٢)].

٢- لابد من النظر في الأعراف والعوائد التي تقتضي مثل هذا التغيير، فإن كان مصدر هذه العادات والأعراف هو الشرع نفسه بأن يكون الشرع أمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهى عنها كراهة أو تحريماً، أو أذن فيها فعلاً، فهذه لا سبيل لتبديلها؛ لأنها بذاتها صارت أحكاماً شرعية،

---

(١) انظر: نشر العرف لابن عابدين ١٢٥/٢، المدخل الفقهي للزرقا ٩٤١/٢.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام ٩٤١/٢-٩٤٢، العرف والعمل في المذهب المالكي ص: ١٩٣، ولضرورة هذا القيد صاغ بعض المعاصرين القاعدة بلفظ: "لا ينكر تغير الأحكام المبنية على المصلحة والعرف بتغير الأزمان". راجع: القواعد الفقهية للندوي ص: ١٢٣.

وذلك مثل الطهارة، وستر العورة، وإنفاق الرجل على أهله، وما أشبه ذلك من العوائد الجارية في الناس إما حسنة عند الشارع أو قبيحة، فإنها من جملة الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع فلا تبديل لها وإن اختلف آراء المكلفين فيها، فلا يصح أن ينقلب الحَسن فيها قبيحاً ولا القبيح حسناً، ومثل هذا يقال فيما بني من أحكام على أعراف ثابتة، فإنها قارة لا تقبل التغيير والتبديل البتة.

وإنما يدخل التغيير في الأحكام التي بنيت على أعراف من شأنها أن تتبدل وتختلف باختلاف الأزمان، فتصير في زمن حسنةً أو قبيحة، وفي زمن آخر بعكس ذلك، ويدخل في هذا كل ما يندرج في نطاق المصالح المرسلة، وما تقتضيه السياسة الشرعية مما يعود بالحفظ على الضروريات الخمس أو إحداها؛ فإن اختلاف الأعراف يتبع في الغالب اختلاف الحاجات والمصالح [1].

وهذا التغيير يكون سببه إما فساد الزمن بانحراف أهله عن الجادة وضعف الوازع الديني، فيستدعي ذلك من الأحكام ما يتسم بالصرامة والشدة، وإما تطور ينشأ عن حدوث أوضاع تنظيمية ووسائل زمنية جديدة مثل الأوامر القانونية المصلحية، والترتيبات الإدارية، والأساليب الاقتصادية، وما إلى ذلك مما يحقق المصلحة للناس ولا يعارض شرعاً ولا أصلاً [2].

---

(١) انظر: الموافقات ٢/٤٨٨-٤٩٢.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام ٢/٩٤٢، قاعدة العادة محكمة ص: ١٣٦.

فهذا القسم هو مناط هذه القاعدة لا غير، ومن أجراها في غيره فقد غلط على الشرع، وسلك سبيل الخائضين في الدين، فإن تعميم القاعدة في جل مسائل الشرع وأحكامه يفضي بصاحبه إلى إنكار جملة من الشرائع والاعتياض عنها بغيرها، وهذا من التبديل والإلحاد في آيات الله وشريعته، وليس هو من الاجتهاد في شيء.

٣- لابد من مراعاة مقصود الشارع من إناطة بعض الأحكام بتبدل العوائد واختلاف الأزمان، -وهو جلب المصالح ودرء المفاسد-، ولا جرم أن تكون تلك المصالح على وفق الشريعة وميزانها، أما ما هو بخلافها فهو في الحقيقة ليس بمصلحة وإن بدا للناظر أنه مصلحة، فإن العقل لا يستقل بإدراك النفع والضر والحسن والقبح والمصلحة والمفسدة إلا بشرع يهديه لذلك كما سلف بيانه.

واتباع هذا النهج في تقدير المصالح مما يعين على موافقة الشرع وإصابة الحق، ويعصم المجتهد أو القاضي من الوقوع في اتباع الهوى وتحكيم العقل المجرد.

ثم يقال بعد هذا: إن القاعدة بمعناها الصحيح لا تدل على أن تغير الأحكام لتغير الأزمان هو ضرب من الافتراء على الشريعة وتعطيل أحكامها كما قد يقوله من توهم ذلك، بل المعنى كما يقرر الإمام الشاطبي -رحمه الله-: "أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها بحيث يكون ذلك الحكم هو الملائم لها والمناسب،

كما إذا جرت العادة بدفع الصداق قبل الدخول، ثم تنازع الزوجان فيه بعد الدخول، فالقول قول الزوج في دفع الصداق؛ بناء على العادة، ولو جرت العادة بخلاف ذلك كان القول قول الزوجة؛ بناء على نسخ تلك العادة، وليس هذا باختلاف في حكم، بل الحكم أن الذي ترجح جانبه بمعهود أو أصل فالقول قوله بإطلاق؛ لأنه مدعى عليه، وهكذا سائر الأمثلة، فالأحكام ثابتة تتبع أسبابها حيث كانت بإطلاق" (١).

وإذا أمعن النظر في المثل التي يوردها الفقهاء بهذا الصدد يلفى أن شيئاً منها لم يكن حكمه المتجدد على خلاف الشرع، بل هو من لبه وصميمه، وهذا من السياسة الشرعية المبنية على قاعدة الشريعة وأسها، وهي جلب المصالح ودرء المفاسد.

فالحقيقة -كما يقول الدكتور مصطفى الزرقا-: "أن الأحكام الشرعية التي تختلف باختلاف هذه العوامل مهما تغيرت باختلاف الزمن فإن المبدأ الشرعي فيها واحد، وهو إحقاق الحق وجلب المصالح ودرء المفاسد، وليس تبدل الأحكام إلا تبدل الوسائل والأساليب الموصلة إلى غاية الشرع، فإن تلك الوسائل والأساليب في الغالب لم تحددها الشريعة الإسلامية، بل تركتها مطلقة لكي يختار منها في كل زمان ما هو أصلح في التنظيم نتاجاً وأنجح في التقويم علاجاً" (٢).

---

(١) الموافقات ٢/٤٩١-٤٩٢.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٩٤٢.

المطلب الثاني
أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم

تحكيم العوائد والأعراف في مسائل الاجتهاد وبعض ما يستجد من الحوادث لا خلاف فيه بين المذاهب الفقهية كما سبق بيان ذلك في مبحث العرف، وهذا الحكم يجري على قاعدة هذا الباب؛ إذ إنها والعرف يخرجان من مشكاة واحدة، وما أثير حولها من خلاف فمرده إلى أن يكون نزاعاً في خصوص اللفظ والعبارة، والخطب فيه يسير؛ ذلك أن من ردها جره لذلك أن جعلت من طرف من لا يعتد به معولاً لهدم النصوص ونسخ بعض الأحكام القطعية الثابتة، فلم يجد خلاصاً من هذه الفرية إلا برد القاعدة من أساسها، ثم إنه رد فروعها إلى أصول أخر مثل المصالح والعرف ونحوها [(١)].

وهذه الطريقة ليست محمودة في الجدل؛ لأنها تجر إلى رد أصول قطعية وأحكام ثابتة، فيوقعه ذلك في أعظم مما فر منه - ولو آل الأمر هنا إلى أن يكون جدلاً في خصوص اللفظ والعبارة -، وإنما الجادة إحقاق الحق وإبطال الباطل دون دفع الأصول والطعن فيها، وهذا متأت مع من زعم تبدل الأحكام الشرعية التي تخرج عن نطاق القاعدة بتبدل الأزمان

---

(١) وممن رأيته تبع هذا النهج الدكتور عابد السفياني في رسالته: الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية ص: ٤٤٨ وما بعدها.

وتغير الأحوال؛ فإنا نعلم بالقطع أن ذلك ليس مراداً من القاعدة، ولا هو مفهوم منها، وهذا يتبين بالمثل والفروع المندرجة تحتها، وبالقيود والضوابط التي تقدم ذكرها.

ثم من يقول مثل هذا الكلام لا ينبغي أن يعتد به، ولا أن يذكر قوله كشاهد على وهن القواعد والأصول، وهل مَثل ذلك إلا كمثل من يحتج على باطله بخبر صحيح، فيعمد خصمه إلى رد الخبر والطعن فيه بعشرات العلل كي ينقض باطله ؟.

إذا علم هذا فالحق أن هذه القاعدة محكمة، ولا يتجه فيها خلاف مع تلك الضوابط المتقدمة، وهذه نقول عن المحققين من أهل العلم تثبت صحة الدعوى:

وأول الأقوال المأثورة في ذلك: قول عن عمر بن عبد العزيز -رحمه الله-: "تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور" [(١)].

يقول القرافي معلقاً على هذا العبارة : "لم يرد عمر ﷺ نسخ حكم شرعي ثابت، بل المجتهد فيه ينتقل له الاجتهاد لاختلاف الأسباب" [(٢)].

---

(١) هذه العبارة مشهورة عن عمر بن عبد العزيز، وبعضهم يجعلها من قول الإمام مالك، وقد أنكر ابن حزم صحتها عن عمر؛ لأنها ردة عن الإسلام حسب تعبيره رحمه الله. انظر: الإحكام لابن حزم ٦/٢٦٤، الطرق الحكمية ص: ١٤، الاعتصام١/١٨١، ٣/٣، فتح الباري ١٣/١٤٤.

(٢) الفروق ٤/٢٧٨.

وروي عن شريح القاضي أنه كان يزكي الشهود سراً، وقد كان العمل قبل ذلك على تزكيتهم علناً، فقيل له: "يا أبا أمية إنك قد أحدثت في القضاء، فقال: أحدثتم فأحدثنا" [١].

وقد سار القضاة من بعده على هذه الطريقة، فتركوا تزكية العلانية، واكتفوا بتزكية السر إبقاءً للستر على الناس، وتحرزاً عن الغيبة التي تقع بين المزكين وبعض الشهود في تزكية العلانية إذا ميزوا المجروح، فهذا مما تغير حكمه لفساد الذمم وقلة الورع [٢] .

ويقول شهاب الدين القرافي -رحمه الله-: "إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة في الدين ، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين، بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء -رحمهم الله- فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد" [٣].

ثم سرد كثراً من المسائل أفتى المتأخرون فيها من المالكية بخلاف ما أفتى به الأوائل؛ لتبدل الأعراف التي انبنت عليها تلك الأحكام [٤].

---

(١) أخبار القضاة لوكيع ص: ٤٥٧.

(٢) انظر: المبسوط ١٦/٩١.

(٣) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص: ٢١٨.

(٤) المرجع السابق ص: ٢٢٠-٢٢٦.

وقال في موضع آخر: "الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين" (١).

ويعلق الإمام ابن القيم - رحمه الله - على قول القرافي هذا فيقول: "وهذا محض الفقه، ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم جناية" (٢).

ويقول أيضاً: "الأحكام نوعان: نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمة كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه.

والنوع الثاني: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً وحالاً كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة" (٣).

وهذا النوع الثاني عقد له فصلاً في كتابه القيم (إعلام الموقعين) بين فيه أنه يتغير بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والعوائد (٤).

---

(١) الفروق ١/٣٨٥-٣٨٧.

(٢) إعلام الموقعين ٣/٧٨.

(٣) إغاثة اللهفان ١/٣٣٣.

(٤) انظر: إعلام الموقعين ٣/٣.

وعلى منوال ذلك جاء صنيع الإمام الشاطبي في كتابه الفذ (الموافقات) إذ تكلم فيه عن العوائد، وبين أن من الأحكام ما يختلف باختلاف الزمن والأحوال، وقد سبقت الإشارة إلى شيء من كلامه، وأوضح هنالك أن "العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً" (١).

ونُقل عن العز بن عبد السلام - رحمه الله - أنه قال: "يحدث للناس في كل زمان من الأحكام ما يناسبهم" (٢).

قال الزركشي: "وقد يتأيد هذا بما في البخاري عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: "لو علم النبي ﷺ ما أحدثته النساء بعده لمنعهن من المساجد" (٣)، وبقول عمر بن عبد العزيز: "تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور" .

قال: "والمعنى: أنهم يجددون أسباباً يقضي الشرع فيها أموراً لم تكن قبل ذلك؛ لأجل عدمه منها قبل ذلك لا لأنها شرع مجدد".

ثم نَقل مسائل عن الشافعية خالفوا فيها المذهب لاختلاف الزمن، وعقب عليها بقوله: "وكل ذلك فإنما هو استنباط من قواعد الشرع، لا

---

(١) الموافقات ٤٩٣/٢.

(٢) ذكره الزركشي في البحر المحيط ١٦٦/١.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب صفة الصلاة، باب انتظار الناس قيام الإمام العالم (٢٩٦/١ح٨٣١) ومسلم في صحيحه، كتاب الصلاة، باب خروج النساء إلى المساجد (٣٢٩/١ح ٤٤٥) .

أنه خارج عن الأحكام المشروعة، فاعلم ذلك فإنه عجيب" [(١)].

ويقول تقي الدين السبكي [(٢)] -رحمه الله-: "خاصية المفتي: تنزيل الفقه الكلي على الموضع الجزئي، وذلك يحتاج إلى تبصر زائد على حفظ الفقه وأدلته، ولهذا نجد في فتاوى بعض المتقدمين ما ينبغي التوقف في التمسك به في الفقه، ليس لقصور ذلك المفتي معاذ الله، بل لأنه قد يكون في الواقعة التي سئل عنها ما يقتضي ذلك الجواب الخاص، فلا يطرد في جميع صورها، وهذا قد يأتي في بعض المسائل، ووجدناه بالامتحان والتجربة في بعضها ليس بالكثير، والكثير أنه مما يتمسك به، فليتنبه لذلك؛ فإنه قد تدعو الحاجة إليه في بعض المواضع، فلا نلحق تلك الفتوى بالمذهب إلا بعد هذا التبصر" [(٣)].

---

(١) البحر المحيط ١/١٦٦-١٦٧.

(٢) علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام، تقي الدين السبكي الأنصاري الخزرجي، فقيه أصولي، من أعيان الشافعية، وله مؤلفات تشهد بتفوقه في الفقه وأصوله، وكانت له رحمه الله - على جلالة قدره ونبوغ فكره - ردود قاسية على الإمام ابن تيمية في مسائل تتعلق بأصول الدين، والله يرحم الجميع ويغفر للمجتهدين والمخطئين. من آثاره: (الدر النظيم في تفسير القرآن العظيم) (تكملة المجموع شرح المهذب). توفي سنة ٧٥٦.

انظر ترجمته في طبقات الشافعية لولده ١٠/١٣٩، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٣/٧٣.

(٣) فتاوى السبكي ٢/١٢٣.

ويقول ابن عابدين - رحمه الله -: "إن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بالنص، وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأي، وكثير منها يبنيه المجتهد على ما كان في زمنه بحيث لو كان في زمن العرف الحادث لقال بخلاف ما قال أولاً؛ ولهذا قالوا في شروط المجتهد: إنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم عنه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام، ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه؛ لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه" (١).

فهذه أقوال المحققين من سائر أتباع المذاهب الأربعة قد تواطأت على تصديق الدعوى، فإن أغنت فقد حصل اليقين، وإلا ففي هدي الصحابة ﷺ ما يقطع الشك في صحة القاعدة؛ فإنه لا أدل على صدق القضايا من الوقوع:

فمن ذلك: إسقاط عمر ﷺ الحد عام المجاعة، ونهيه عن القطع حال الغزو والجهاد (٢).

---

(١) نشر العرف ٢/١٢٥.

(٢) إسقاطه للحد عام المجاعة تقدم تخريجه ص: (٢٣٦)، ونهيه عن القطع حال الغزو أخرجه سعيد بن منصور في سننه ٢/٢٣٥، وابن أبي شيبة في المصنف ٥/٥٤٩. =

قال ابن القيم: "وليس في هذا ما يخالف نصاً ولا قياساً ولا قاعدة من قواعد الشرع" (١).

وهذا الضرب من الاجتهاد يصلح مثالاً لما يتغير من الأحكام لمصلحة ضرورية.

ومن ذلك: أن الصحابة -رضي الله عنهم- تغيرت فتواهم في عقوبة شارب الخمر، فإنه لم يكن فيها حد مقرر زمن الرسالة حتى كان عهد أبي بكر فحدها بأربعين (٢).

ثم لما كان عهد عمر ﷺ استشار الصحابة في أمرها، وقال: "إن الناس قد شربوها واجترؤوا عليها، فقال له علي بن أبي طالب: نرى أن

= وفيه حديث مرفوع عن بشر بن أبي أرطأة قال: "سمعت النبي ﷺ يقول: "لا تقطع الأيدي في الغزو" أخرجه أبو داود في السنن: كتاب الحدود، باب في الرجل يسرق في الغزو أيقطع (١٤٢/٤ح ٤٤٠٨)، والترمذي في الجامع، كتاب الحدود، باب ما جاء ألا تقطع الأيدي في الغزو (٥٣/٤ح١٤٥٠)، والنسائي في السنن: كتاب قطع السارق، باب القطع في السفر (٤/ ٣٤٩ ح٧٤٧٢) وقال: "ليس هذا الحديث مما يحتج به"، وكذا جزم ابن حزم في المحلى بضعفه ٣٧٠/١٠، ولكن له شواهد من فعل الصحابة ﷺ أخرج جملة منها سعيد بن منصور في سننه ٢٣٦/٢، وقال ابن قدامة عن تأخير الحد حال الغزو: "إنه إجماع الصحابة ﷺ". (المغني ٢٤٨/٩).

(١) إعلام الموقعين ٥/٣-٧.

(٢) انظر: فتح الباري ٦٩/١٢.

تجعله ثمانين؛ فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فجلد عمر في الخمر ثمانين" (١).

وأُتي ﷺ بشيخ قد شرب الخمر في شهر رمضان، فجلده ثمانين، ونفاه إلى الشام، وجعل يقول: "للمنخرين للمنخرين، أفي شهر رمضان وولداننا صيام ؟!" (٢).

ومثل هذا الاجتهاد يصلح دليلاً على أن من الأحكام ما يتغير لفساد الزمن وقلة الورع، وأن العقوبة تختلف باختلاف حال المجرم ومقدار عتوه واشتهاره بالفجور وتكرار الجريمة منه مرة تلو المرة، فمثل هذا يبالغ في تعزيره بما يحصل به ردع أمثاله (٣).

والصحابة ﷺ ومن بعدهم من العلماء إنما سلكوا هذا المسلك استناداً إلى ما أَلِفوه من سنة التشريع إذ كانت تراعي أحوال الناس قوة

---

(١) أخرجه مالك في (الموطأ ٢/٨٤٢) والحاكم في (المستدرك ٤/٤١٧) والدارقطني في (السنن ٣/١٥٧) وعبد الرزاق في (المصنف ٧/٣٧٨) والبيهقي في (السنن ٨/٣٢٠) وفيه ضعف انظر: (إرواء الغليل ٧/١١١) .وقوله: "للمنخرين" دعاء على الشارب، ومعناه: أكبه الله لمنخريه كقولهم بعداً له وسحقاً. لسان العرب ٥/١٩٨.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في (المصنف ٧/٣٨٢) والبيهقي في (السنن ٨/٣٢١) وانظر: فتح الباري ٤/٢٠١.

(٣) انظر: القواعد الفقهية للسدلان ص: ٤٤٥.

وضعفاً، وتقدر الحاجات والضرورات، فتعطي كل حالة ما يناسبها، وكل ضرورة ما يدفعها، وهذا كما في قوله تعالى: ﴿ لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ ﴾ (١).

وقال الله سبحانه: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ ۚ إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ ۚ وَإِن يَكُن مِّنكُم مِّائَةٌ يَغْلِبُوا أَلْفًا مِّنَ الَّذِينَ كَفَرُوا بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَفْقَهُونَ ﴿٦٥﴾ الْآنَ خَفَّفَ اللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا ۚ فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ ۚ وَإِن يَكُن مِّنكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوا أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ ﴾ (٢).

قال ابن عباس ﷺ: "لما نزلت الآية الأولى شق ذلك على المسلمين حين فرض عليهم أن لا يفر واحد من عشرة، فجاء التخفيف في الثانية، فلما خفف الله عنهم من العدة نقص من الصبر بقدر ما خفف عنهم" (٣).

والمراد بالتخفيف هنا: التكليف بالأخف لا رفع الحكم بالكلية، فكلا الآيتين محكمة، إلا أن الأولى مقيدة بحال القوة، والثانية رخصة في حال الوهن والضعف، وهذا ضرب من تغيير الحكم لاختلاف الحال (٤).

---

(١) سورة الفتح، آية ١٧.

(٢) سورة الأنفال، آية ٦٥-٦٦.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب التفسير، باب قوله تعالى: { الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفاً} ٤/١٧٠٧ح ٤٣٧٦.

(٤) انظر: فتح الباري ٨/٣١١.

ومن هذا القبيل: ما فعله النبي ﷺ مع أصحابه حين نهاهم عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام، وأمرهم بالتصدق بها، ثم لما كان العيد من قابل أباح لهم الادخار، وقال: "إنما نهيتكم من أجل الدافّة التي دفت عليكم، فكلوا وادخروا وتصدقوا" (١).

فهذا المنع والإباحة كلاهما كان مراعاة لظرف طارئ وعلةٍ موجبة، وليس أحدهما ناسخاً للآخر على الأصح، فمتى حصلت مثل هذه الحال، ووجدت بالناس حاجة إلى الطعام كان الادخار منهياً عنه، ومتى عم الرخاء لم يجز منعهم من ذلك (٢).

فهذه دلائل الكتاب والسنة، وهدي سلف الأمة، وأقوال المحققين من حملة الشريعة متضافرة على صحة هذه القاعدة، وأنها محكَّمة في معطيات الزمن ومستجداته تعالجها بما يحقق مصلحة الناس والمجتمع ولا يخالف مقصود الشرع، والحمد لله رب العالمين.

---

(١) أخرجه عن عبد الله بن واقد: مسلم في صحيحه: كتاب الصيد والذبائح، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام (١٥٦١/٣ح ١٩٧١).

(٢) انظر: الجامع لأحكام القرآن ٤٨/١٢.

المطلب الثالث

أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة

تقدم آنفاً أن هذه القاعدة متى فهمت على وفق معناها الصحيح لم يتجه في مصداقيتها خلاف تنبني عليه ثمرة، ولكن قد وجد من الناس من وسع في مدلولها حتى أدخل فيها ما لا يصح إدخاله تحتها، فمن هؤلاء من غلا في هذا الاتجاه فجعل الشريعة في جملتها صالحة للتبديل والتغيير حتى لو كان حكماً قطعياً مثل الحدود والمقدرات، وهذا الصنف لا اعتبار لرأيه، ولا اعتداد بخلافه؛ إذ رأيه هذا من الباطل والعبث الذي لا يلتفت إليه.

ومنهم من لا يبلغ هذه المنزلة في الغلو، ولكنه حمّل القاعدة ما لا تحتمل، ووسع نطاقها حتى شملت ما هو كالقطعي في الثبوت، وهذا وإن كان قصوراً في الاجتهاد وتعسفاً في النظر لكن لا ينبذ بالكلية ؛ لأنه ربما كان له مساغ في الاجتهاد وشاهد من الواقع، فيذكر هاهنا لبيان المانع له من اندراجه تحت القاعدة.

ويقابل هذا الطرف بصنفيه طائفة أخرى فرطت في مدلول القاعدة ومعناها، فلم تتقبل هذه المرونة في الأحكام، بل جمدت على المنقول غاية الجمود، ورأت أن التبديل مهما كانت عوامله فهو منبوذ مُطّرح، وإنما الجادة اتباع سنة من سلف، والتزام أقوالهم واجتهاداتهم وإن ادعي أن فيها من الحرج ما يمنع من قبولها، وهذا جار على أصل من يرى أن باب الاجتهاد قد أغلق وإن كان يزعم خلافه، ويطرد كذلك على أصل

الظاهرية ومن حذا حذوهم ممن لا يرى المناسبة والتعليل في الأحكام، وقد صرح ابن حزم -رحمه الله- بهذا المسلك إذ قال: "ثبت بالتواتر أن الإسلام دين لازم لكل حي، ولكل من يولد إلى يوم القيامة في جميع الأرض، فصح أنه لا معنى لتبدل الزمان ولا لتبدل المكان ولا لتغير الأحوال، وأن ما ثبت فهو ثابت أبداً في كل زمان وفي كل مكان وعلى كل حال حتى يأتي نص ينقله عن حكمه في زمان آخر أو مكان آخر أو حال أخرى" (١).

وبين هذين الطرفين من سار على نهج التوسط والاعتدال، فأعطى القاعدة حقها، وأبطل ما لا يندرج تحتها، وهؤلاء خير هذه الأصناف وأعدلها، وأفقهها بمناهج التشريع وأصوله، وهم أخلق بوصف المجتهدين وحماة الدين، ولولاهم لضاع الدين بين أهل الإفراط والتفريط، ولحل بالناس من الحرج والعنت ما لا يخفى، مع ما يستتبع ذلك من اتهام الشرع بالقصور والتخلف عن مواكبة المستجدات، ولهذا يقول ابن القيم -رحمه الله- في الفصل الذي عقده لبيان أن من الأحكام ما يتبدل بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد: "هذا فصل عظيم النفع جداً، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به" (٢).

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام ٥/٧-٨.

(٢) إعلام الموقعين ٣/٣، وانظر: تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية ص: ٤٨-٥٣.

فهذه مسالك الناس في تحكيم هذه القاعدة، وقد كان المقصود من ذكرها بيان نوع الخلاف الذي ترجع إليه الفروع المذكورة في هذا السياق، وقد مُثل لكل مسلك منها بمثال أو مثالين ليكون كالقانون لغيره من الفروع والمسائل، وهي بالجملة ستة:

١- تحديد أنواع التعزِير [1] على أنواع المخالفات:

الجرائم والمعاصي وسائر أنواع المخالفات تارة تكون في أعلا مراتبها وأبشع صورها بحيث تهدد كيان المجتمع وأمنه واستقراره، أو تخل بمصالح الفرد الضرورية مثل النفس والمال والعرض، وتارة تكون معاصيَ دون هذه المنزلة بحيث تخل بالحاجيات والكماليات، أو تكون ذريعة إلى الإخلال بالضروريات، وفي كل قسم من هذه المخالفات مراتب بعضها أشد من بعض بحسب ما يحصل بها من تفويت المصالح وجني المفاسد.

---

(١) التعزير في اللغة: مصدر عزره، وهو مأخوذ من العزر، وهو الرد والمنع، واستعمل في الدفع عن الشخص كدفع أعدائه عنه ومنعهم من إضراره، ومنه قوله تعالى: ﴿وَءَامَنتُم بِرُسُلِي وَعَزَّرْتُمُوهُمْ﴾ [المائدة:١٢]، وفي دفعه عن إتيان القبيح، ومنه: عزره القاضي أي: أدبه لئلا يعود إلى القبيح، ويكون بالقول وبالفعل بحسب ما يليق به. لسان العرب ٥٦١/٤.

والتعزير في اصطلاح الفقهاء: "تأديب، وإصلاح، وزجر على ذنوب لم تشرع فيها حدود ولا كفارات". انظر: الأحكام السلطانية للماوردي ص: ٣٨٦، تبصرة الحكام ٢١٧/٢.

والشرع الإسلامي قد أحكم عقوبات هذه الجرائم غاية الإحكام، وسلك في فرضها مسلكاً فذاً ومنهجاً بديعاً ضلت عنه البشرية من قبلُ ومن بعد، و لم تعرفه القوانين الوضعية طيلة القرون الغابرة، وليس هذا بغريب عن شرع أحكمه العليم بما يصلح العباد وبما ينفعهم.

وجملة القول في ذلك: أنها فرضت للجرائم والمخالفات التي تمس بالضروريات الخمس أو إحداها عقوبات تجمع بين العدل والمصلحة، عدل يذهب به غيظ المظلوم وما يجده في نفسه من الحقد والحنق والتربص بالظالم، ومصلحة يتحصل بها ردع أصحاب النفوس المريضة ومن تسول له نفسه أن يقترف مثل هذه الجرائم.

وهذه العقوبات يدور جنسها على خمسة أصول: هي القتل والقطع والجلد والنفي وتغريم المال، وموجباتها سبعة: هي: الزنا والسرقة والحرابة والردة والبغي، وتسمى بالحدود [1].

وأما ما كان دون هذه الجرائم من سائر أنواع المعاصي والمخالفات - وهو موضوع بحث هذه المسألة - فإن الشريعة لم تحد فيها حداً ، بل فوضت ذلك إلى رأي القاضي واجتهاده، فيحكم فيها بحسب ما تمليه المصلحة ويتحقق به المقصود الشرعي من العقاب [2].

---

(١) انظر: إعلام الموقعين ٢/١١٥-٢١٧، التشريع الجنائي في الإسلام ١/٦٣٤.

(٢) هذا هو الذي عليه جماهير أهل العلم، فكلهم متفقون على أن التعزير موكول إلى الإمام على قدر عظم الجرم و صغره، ولكن يختلفون في تحديد طرفيه الأدنى =

وإنما لم تأت فيها بحد معين؛ لأنه يعتبر فيها مع قدر المعصية حال فاعلها، فقد ينزجر بأقل مما ينزجر به غيره أو بأكثر من ذلك، وقد لا يكون فعله مما يستدعي زجراً، إما لجهله بحرمته، أو لأن العرف لا يستقبح فعله؛ ولهذا اختلف الأمر فيه باختلاف الأعصار والأمصار، فرب تعزير في بلد يكون إكراماً في بلد آخر، وقد لا تكون في عقوبته مصلحة فيعفى عنه، فمن أجل هذا كله كان هذا اللون من العقوبات مما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً وحالاً، ويطلق عليه الفقهاء اسم التعزير (١).

لكن وإذ اختلفت الأوضاع عما كانت عليه سابقاً، وقل الورع الذي يحمل القضاة على الحكم بالعدل والميزان، هل يجوز تقنين هذا النوع من العقوبات بحيث يمنع القاضي من الزيادة عليه أو النقصان ؟.

= والأعلى على أقوال كثيرة، والذي يترجح منها: أنه لا حد لأقله ولا لأكثره، فيجوز أن يبلغ به أقصى العقوبات، وهي القتل إذا تمحض مصلحة كما في قتل الجاسوس، ويجوز أن يكتفى فيه بمجرد الإعلام والتوبيخ؛ وذلك أن المقصود من التعزير هو الزجر فأي عقوبة تحقق بها هذا القصد كانت هي المتعينة.

انظر الخلاف في هذه المسألة في: المبسوط ٣٥/٢٤، تبصرة الحكام ٢٢١/٢، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٣٨٦، المغني ١٤٨/٩، المحلى ٤٠١/١١، مجموع الفتاوى ١٠٧/٢٨، إعلام الموقعين٤٨/٢، فتح الباري ١٧٨/١٢.

(١) انظر: مجموع الفتاوى ١٠٧/٢٨-١٠٨، إغاثة اللهفان ٣٣١/١، تبصرة الحكام ٢١٩/٢.

وجواباً عن ذلك أقول: الأصل في عقوبات الجرائم التي هي دون الحدود أنها متروكة للحاكم يحكم فيها بحسب ما تقتضيه المصلحة على ما تقدم تقريره.

وهذا التفويض هو الذي يحقق المصلحة المرجوة من هذه العقوبات؛ لأن ظروف الجرائم والمجرمين تختلف اختلافاً بيناً، وما قد يُصلح مجرماً بعينه قد يفسد مجرماً آخر، وما يردع شخصاً عن جريمة قد لا يردع غيره، فإذا تقدرت العقوبة وقننت في مسطرة خاصة تحتم تطبيقها على العصاة والمخالفين بالسوية دون مراعاة حال العاصي ومعصيته، إذا هكذا شأن القوانين، وهذا المنهج يجعل العقوبة غير عادلة في كثير من الأحوال، فمن أجل ذلك وضعت الشريعة عقوبات متعددة مختلفة تتراوح بين أيسر العقوبات وأشدها، وتركت للقاضي أن يختار منها الأنسب والأجدر بتحقيق المصلحة ودفع المفسدة (١).

وليس ثمة خطر من إعطاء القاضي هذه السلطة في تحديد العقوبة وتقديرها؛ لأن جرائم التعزير ليست في الغالب جرائم خطيرة، ولأن التساهل فيها قد يصلح الجاني أكثر مما يفسده، ومع ذلك فليس من صلاحيته أن يحكم بالجور، ولا بما يخل بكرامة الإنسان ومنزلته، بل ينزل الناس قدر منازلهم، ويعطي لكل ذي حق حقه، وإذا أصدر العقوبة فلتكن مما تؤمن معه العاقبة، ويحقق المصلحة المرجوة، ومتى حاد عن هذا المنهج

---

(١) انظر: التشريع الجنائي في الإسلام ١/٦٨٥-٦٨٦.

فإن الشريعة تعطي لولي الأمر حق التدخل في تضييق هذا السلطان، وإلزام القاضي بالجادة أو العزل [١].

وهذه السلطة التي منحتها الشريعة للقضاة استقر عليها العمل طيلة القرون الغابرة، فلم تكن هناك قوانين تحدد نوع العقوبة للمخالفات التي هي دون الحدود؛ ولهذا تنوع تعزير الفاروق ﷺ في الخمر، فتارة بحلق الرأس، وتارة بالنفي، وتارة بزيادة أربعين سوطاً على الحد الذي ضربه رسول الله ﷺ وأبو بكر، وتارة بتحريق حانوت الخمار، ولم يقف الصحابة والتابعون من بعدهم على ذلك، بل نوعوا فيها أيضاً؛ طلباً لانزجار الناس عن شربها، ولو فهموا عن النبي ﷺ حداً محدوداً في الخمر لما أعملوا فيها رأيهم ولا خالفوه، بل لوقفوا عند حده كما فعلوا ذلك في الحدود [٢].

وعلى هذا النهج سار الخلفاء وحكام المسلمين من بعد، فلم يكونوا يخصون التعزير بنوع معين كالسوط واليد والحبس، بل كانوا ينوعون فيها بحسب اختلاف الأحوال والأشخاص.

قال الأستاذ أبو بكر الطرطوشي -رحمه الله-: "إنهم (يعني الحكام المتقدمين) كانوا يعاملون الرجل على قدره وقدر جنايته، فمنهم من

---

(١) انظر: تبصرة الحكام ٢/٢٢١-٢٢٢، التشريع الجنائي ١/٦٣٠، ٦٨٦، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ص: ٢١٨-٢١٩.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٢/٤٨، تبصرة الحكام ٢/٢٢٢.

يُضرب، ومنهم من يحبس، ومنهم من يقام واقفاً على قدميه في المحافل، ومنهم من تنزع عمامته، ومنهم من يحل إزاره" [(١)].

وفي ظل سياسة التفويض هذه قلت الجرائم والمخالفات، وعاش الناس في أمن واستقرار، ولم يحصل لهم ذلك بمجرد هذا التفويض، بل به وبما كان يتمتع به القضاء في صدر الإسلام والعصور التالية من الهيبة والمكانة؛ إذ لم يكن يتولاه إلا المجتهد المبرز ومن له خبرة بالقضاء ومعرفة بأحوال الناس، مع ما يتسم به من الأمانة وطيب الشيم وجميل الصفات، فهذا هو الذي يعرف الأشباه والأمثال، ويعطي لكل حالة ما يناسبها.

لكن وإذ قل القضاة على هذا المنوال، وفسدت الذمم، وقل الورع، فإن إشراع هذا الباب أمام قضاة العصر، ومنحهم هذا السلطان قد يؤدي إلى نتائج غير مرضية، فغالباً ما يلجأ قضاة العصر - حاشا الأمناء منهم - إلى اللين في العقوبة والبحث عن الظروف المسوغة لذلك، والمخالفة مهما بلغت خطورتها فإنها في ظل حكم هؤلاء وسياستهم سوف تجد لا محالة ظروفاً تخفف الحكم وتبدله، وهذا يؤدي إلى استخفاف المجرمين بالعقوبة وتهالكهم على الجريمة، فتزداد الجرائم ويختل الأمن، فيعود هذا ناقضاً لمقصود الشريعة من شرع هذا النوع من الزواجر وتفويضه للحاكم [(٢)].

ومن هنا فقد اتجه معظم الباحثين في النظم والسياسة إلى استحسان

---

(١) تبصرة الحكام ٢/٢١٩.

(٢) انظر: التشريع الجنائي في الإسلام ١/١٦٠-١٦١، ٧٢٠-٧٢١.

فرض عقوبات محددة على أنواع الجرائم والمخالفات في مسطرة قانونية حتى تنضبط الأحكام، ويكون الناس على علم مسبق بها، وبذلك يحصل الإعذار، وتنقطع حجج العصاة والمجرمين [(١)].

وهذه وجهة نظر مؤيدة بالواقع وما يشهده من تطور في أنظمة الحياة، وفقدان الأمانة والورع في كثير من قضاة العصر، وفي النفس ركون إلى هذا الرأي؛ فإنه أوفق للشرع وأقوم بالسياسة التي يكون الناس معها أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، ولكن مع ذلك ينبغي مراقبة الجهاز القضائي في تقرير نوع العقوبة ومقدارها، كما يجب على اللجان المقننة توخي الحذر من مخالفة الشرع في هذه القوانين، وأن يسلكوا فيها مسلك الوسط بين الإفراط والتفريط، فبذلك يتوافق القانون مع الشرع.

يقول البحاثة محمد أبو زهرة -رحمه الله-: "لولي الأمر أن يسن من النظم والقوانين ما ينفذ به أحكام الشريعة الإسلامية في حدود النصوص المقررة الثابتة، وليس له أن يتبع الهوى في الحكم... ويجب إذا وضعت التعزيرات في قانون مسنون قد سطر في مواد أن تكون العقوبات مرنة مرونة واضحة بحيث تعطي للقاضي فسحة تتسع لأشد الزواجر وأخفها؛ وذلك لأن التعزير ملاحظ فيه أنه يختلف باختلاف الأشخاص وباختلاف الأحوال، فرب جريمة ارتكبت مع شخص واستحقت أقصى العقاب في

---

(١) انظر: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ص: ٢١٩، التشريع الجنائي في الإسلام ١/١٦٣، المدخل الفقهي العام ٢/٦٩٦.

حال أو بلد أو بيئة لو ارتكبت من آخر لكان له في نفسه لائم لا يقل تعذيبه عما يؤثره فيه العقاب، وقد يرى القاضي بوادر الندم ومظاهره فيكون عليه أن يقبل عثرة المرتكب، وقد تكون الجريمة ارتكبت في تستر فيكون الواجب بقاؤها في كنها مستورة، ولا تفضحها وسائل التقاضي والإعلان، وإن هذا كله بلا شك في غير الجرائم التي يكون فيها اعتداء على حقوق الأشخاص، أما هذه فيجب أن تكون أحكامها فيصلاً بين الحق والباطل، والله خير الفاصلين" [١].

وفي حدود هذا المنهج يمكن القول بأن تقنين التعزير هو الأجدر بتحقيق الأمن والأقوم بالسياسة الشرعية، أما ما تنتهجه اليوم قوانين الجرائم - عدا الحدود - في معظم البلاد الإسلامية والعربية فلا يمكن جعلها بإطلاق من السياسة الشرعية، ولا أنها داخلة في نظام التعزير الإسلامي كما يرى ذلك بعض من المعاصرين [٢].

بل الحق أن هذه القوانين وإن كان فيها نُظم تتوافق مع الشرع الإسلامي إلا أنها في غالبها تجانب روح السياسة الشرعية ومقاصدها العظمى، فقد جاءت بنهج يتشابه في جملته مع سياسة الشرع في فرض هذا اللون من العقوبات إلا أنها ضيقت من سلطة القاضي في اختيار العقوبة وتحديدها، ومع أنهم سوغوا له أن يراعي الظروف الاستثنائية لكل

---

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ص ٢٣٥.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام ٢/٦٩٦.

حالة إلا أن ذلك لم يجد عليهم نفعاً؛ إذ إن القضاة صاروا يعاقبون على هذه الجرائم بعقوبات خفيفة مستغلين في ذلك سلطتهم في اختيار العقوبة وتحديدها، وهم لا يعوزهم أن يجدوا ظروفاً مخففة، فتارة أن الجاني شاب يافع، وتارة متقدم في السن، وتارة دفعته للجريمة الغيرة على الشرف والعرض، وتارة استفز لارتكاب المخالفة والجريمة... إلى غير ذلك من الأعذار التي لا تفرغ منها جعبة الجناة والمحامين عنهم [١].

ومن عيوب هذه القوانين أيضا: أنها تفرض في معظم الجرائم والمخالفات عقوبة لا تتنوع هي الحبس الذي يختلف شدة وضعفاً بحسب نوعه ومدته، والذي يؤدي تنفيذه إلى وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء في السجون أعواماً عديدة، وصرف ميزانيات هائلة عليهم دون الاستفادة منهم، وهذا إهدار لما يمكن أن ينتجوه من النفع لهم ولمجتمعاتهم.

والشرع الإسلامي لا يلجأ إلى الحبس إلا في التهم والجرائم الخطيرة، ويفضل في عقوبات التعزير الغرم أو التوبيخ أو التأديب، وأحياناً يلجأ فيها إلى الحبس، وهذا يقلل من أعداد المحبوسين الذين يثقلون كاهل الدولة بالنفقات التي تصرف عليهم، مع دفع المضار المترتبة على اختلاطهم كفساد الأخلاق، وشيوع الأمراض، والدربة على وسائل الإجرام [٢].

فهذا مما يمنع من جعل هذه القوانين من صميم السياسة الشرعية، أو

---

(١) انظر: التشريع الجنائي في الإسلام ١/١٦٠-١٦١، ٧٢٠.

(٢) المصدر نفسه: ١/٧٤١-٧٤٢.

داخلة في نظام التعزير، ولا ينكر أن بعض هذه المحاذير لا مفر منها حتى لو فرضت عقوبات التعزير على النحو الذي فرضه الإسلام؛ لفساد ذمم كثير من القضاة وفقدان الورع فيهم، إلا أنه يمكن علاج ذلك بما تقدم من ضرورة متابعة القضاة، وتكوين لجان مختصة بتتبع أحكامهم، وإذا ما ألزموا بتسبيب أحكامهم فإن احتمال الجور منهم يقل، والله المسؤول أن يهدي قضاتنا للحكم بشرعه، واتباع نهج نبيه ﷺ إنه سميع مجيب.

٢- إثبات الحدود بالقرائن الحديثة:

القَرائن جمع قرينة، فعيلة بمعنى مفاعِلة، ومادة الكلمة تدل في أصلها على المصاحبة وضم شيء إلى شيء، ومن ثم أطلق على الصاحب والزوجة والنفس قرين وقرينة [1].

وهي في اصطلاح الفقهاء: يراد بها غالباً ما هو دون البينة في الدلالة على المطلوب، ويجعلونها بمعنى: العلامة والأمارة، وهي التي يلزم من العلم بها الظن بوجود المدلول [2].

---

(١) انظر: مقاييس اللغة ٥/٧٦، لسان العرب ٣/٦٦.

(٢) لا نجد في كتب الفقهاء حداً للقرينة بمعناها الاصطلاحي، وإنما اكتفوا بتفسيرها بما يرادفها عندهم، وقد قيل في سبب ذلك: إنهم لم يفردوها بباب أو فصل مستقل، أو لوضوحها في نفسها، والشيء إذا وضح في نفسه استغني عن حده. انظر: التعريفات للجرجاني ص: ٥٢، ٢٢٣، ووسائل الإثبات للزحيلي ص: ٤٨٩.

وقد عرفها المعاصرون بتعريفات عدة أظهرها: أن القرينة: "كل أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه" [١].

والشرع الإسلامي قد جاء باعتبار القرائن وتحكيمها في مجال القضاء، وبذلك أخذت المذاهب الفقهية المشهورة، وعليه سارت سياسة الخلفاء الراشدين وقضاة المسلمين من بعدهم، ولا يكاد يذكر الخلاف فيها إلا عن بعض المتأخرين، وهو عند التحقيق راجع إلى الوفاق؛ فإنه ما من مذهب ولا مصنَّف في القضاء إلا وفيه شواهد تدل على الأخذ بالقرائن وتحكيمها في القضاء، وقد وجد ذلك أيضاً في مصنفات من نقل عنهم الخلاف [٢].

---

(١) المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٩٣٦.

(٢) أفرد ابن فرحون المالكي في كتابه (تبصرة الحكام١/١٠٤) فصلاً في بيان عمل فقهاء الطوائف الأربعة بالحكم بالقرائن والأمارات وذكر فيه خمسين مسألة مما هي في المذاهب الأربعة أو بعضها كان العمل فيها بالقرائن، وقد استوفى جملة منها ابن القيم في (الطرق الحكمية ص: ٥-٢٤)، وصرح هناك بأن جميع الفقهاء يقولون بها في الجملة. انظر منه ص: ١٩.

وهذا الاتفاق العملي على الأخذ بالقرائن هو الذي جعل ابن فرحون ينفي الخلاف في الأخذ بها، وهو بلا ريب قول صائب؛ فإنه لم يعرف فيها خلاف إلا عن بعض المتأخرين من الحنفية، وهم خير الدين الرملي (ت:١٠٨١هـ) في فتاويه (الفتاوى الخيرية ٢/١٢-١٣)، ومحمد أمين أفندي في تكملته لرد المحتار (٤٣٨/٧)، أما ابن نجيم فجعل من ألف في وسائل الإثبات من المعاصرين =

ولا غرو في هذا فإن الشرع قد جاء برعاية المصالح وتحصيلها، ودرء المفاسد وتقليلها، والقضاء مبناه على العدل والنصفة، فأي طريق أدت لذلك فهي من شرع الله ودينه؛ فإن الشريعة لا ترد حقاً، ولا تكذب دليلاً، ولا تبطل أمارة صحيحة، ومن استقرأ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهداً على اعتبار القرائن وتحكيمها، والله أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له، وهذا من السياسة العادلة التي هي جزء

= نقل عنه الخلاف، وهذا ظاهر من كلامه في (البحر الرائق ٢٠٥/٧)، لكن وقع في كلامه ما يوهن هذا الظاهر ويدل على أخذه بالقرائن لكن على وجه ضيق حيث خصصها بالقرائن القوية أو القاطعة، قال في كتابه (الأشباه والنظائر ١/٤٠٠) تبعاً لابن الغرس في (الفواكه البدرية ص: ٧٨-٨٣): "الحجة إما بينة عادلة، أو إقرار، أو نكول عن يمين، أو يمين، أو قسامة، أو علم القاضي بعد توليته، أو قرينة قاطعة" ثم قال بعدُ: "لا يقضي بالقرينة إلا في مسائل ذكرها في الشرح من باب التحالف" ج ١/٤٠١.

وتخصيص القرينة المعتبرة بالقطعية هو ما أقرته مجلة الأحكام العدلية في المادتين: (١٧٤٠ و ١٧٤١).

من أجزاء الشريعة، و لم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات، فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة ولا إقراراً، وقل حاكم أو وال اعتنى بذلك وصارت له فيه ملكة إلا وعرف المحق من المبطل وأوصل الحقوق إلى أهلها [١].

فإذا كانت القرائن هذا شأنها في الشرع فهل يجوز لقضاة العصر في ظل التقدم المبهر الذي يشهده العالم وتطور وسائل اكتشاف الجناة والمجرمين أن يثبتوا الحدود بالقرائن المستجدة مثل بصمات الأصابع، وآثار الأقدام، والبقع الدموية والمنوية، والصور الفوتوغرافية، والأصوات المسجلة ونحوها، سيما وقد أصبحت بعض هذه الوسائل أقوى في الدلالة على المطلوب من كثير من البينات والشواهد التقليدية ؟.

وجواباً عن هذا السؤال أقول: الواقع أن الفقهاء - رحمهم الله - لم يتكلموا عن هذا النوع من القرائن والوسائل بنفي ولا إثبات؛ لأنها لم تحدث في زمنهم، وإنما هي وليدة التجارب والدراسات الحديثة التي قام بها علماء الطب والتشريح وكبار رجال الشرطة، وقد كان مهدها في البلاد الغربية [٢].

---

(١) اقتباس وتلخيص من كلام ابن القيم في الطرق الحكمية ص: ١٤-٢٤. وقد أفاض -رحمه الله- في مقدمة هذا الكتاب في ذكر الأدلة العقلية والنقلية والشواهد الحسية التي تدل على الحكم بالقرائن.

(٢) انظر: التحقيقات والأدلة الجنائية ص: ٥٣-٥٧.

ولكن يمكن أن يُخرَّج لهم في المسألة قولان؛ بناء على اختلافهم في إثبات الحدود بالقرائن في الجملة، ولهم في ذلك قولان:

القول الأول: المنع بإطلاق؛ لأن الحدود مبناها على التثبت والاحتياط، وهذه القرائن مبناها على الظن، والظن من جنس الشبهات التي يسقط بها الحد، وهذا مذهب أكثر الفقهاء، ومنهم: الأحناف والشافعية، والحنابلة في قول لهم [1].

ويعضد هذا المذهب من النقل قول النبي ﷺ: "لو كنت راجما أحداً بغير بينة لرجمت فلانة، فقد ظهرت الريبة في منطقها وهيئتها ومن يدخل عليها" [2].

ففيه أن الحد لا يجب بمجرد الاستفاضة والشهرة، بل لا بد من البينة أو الإقرار؛ لأن مجرد الحدس والتهمة والشك مظنة للخطأ والغلط، وما كان كذلك فلا يستباح به تأليم المسلم وإضراره، وهذا أصل لا خلاف فيه [3].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١١٣/٥، ٤٠/٧، بداية المجتهد٩٠/٢، ٣٣٣، روضة الطالبين١٧٠/١٠،٩١، المغني ٧٢/٩، ١٣٨، فتح الباري ١٥٤/١٢، نيل الأوطار ٢٧٣/٧.

(٢) أخرجه عن ابن عباس بهذا اللفظ: ابن ماجه في سننه: كتاب الحدود، باب من أظهر الفاحشة، (٨٥٥/٢ح ٢٥٥٩، وهو صحيح كما في فتح الباري لابن حجر ١٠٨/١٢.

(٣) انظر: فتح الباري ١٠٨/١٢، نيل الأوطار ٢٧١/٧.

القول الثاني: أن الحدود تثبت بالقرائن، وهو قول المالكية، والحنابلة في قولهم الآخر، وانتصر لهذا المذهب الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم والقاضي ابن فرحون المالكي [(١)].

وسندُ هذا المذهب: عموم الآيات والأخبار الدالة على وجوب العمل بالقرائن مثل قوله عز وجل عن أبناء يعقوب عليه السلام: ﴿ وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٖ كَذِبٖ ﴾ [(٢)].

فهؤلاء إخوة يوسف عليه السلام أقاموا شاهداً على صدق دعواهم بقرينة الدم الموجود على قميص يوسف عليه السلام، وأبوهم لم يكذب دعواهم لمجرد القرينة، ولكن لأنها قرينة كاذبة بدلالة قرينة أخرى وهي: سلامة القميص من التمزق، وقد روي أنه قال لهم: "متى كان هذا الذئب حكيماً يأكل يوسف ولا يخرق القميص!" [(٣)].

قال أصحاب هذا القول: "وقد دلت السنة وأقضية الخلفاء الراشدين على إثبات الحد بالقرائن، فمن ذلك: النكول في اللعان، وظهور الحبل في المرأة التي لا زوج لها ولا سيد، وجعل الصحابة ﷺ رائحة الخمر وقيأها

---

(١) انظر: تبصرة الحكام٨٦-٨٨، المغني ١٣٨/٩، مجموع الفتاوى ٣٣٩/٢٨، إعلام الموقعين ٩/٣، الطرق الحكمة ص: ٦، ٩٧-٩٩.

(٢) سورة يوسف، آية: ١٨.

(٣) الأثر روي عن السدي والحسن البصري كما في (تفسير الطبري ١٦٤/١)، وانظر: (الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٤٩/٩) .

آية وعلامة على شرها بمنزلة الإقرار والشاهدين، إلى غير ذلك مما لا يحصى من المسائل والشواهد" [١].

قالوا: "والقرائن والأمارات دلائل مستلزمة لمدلولها لا ينفك عنها، فحيث وجد الملزوم وجد لازمه، فإذا وجدت آية الحق ثبت الحق ولم يتخلف ثبوته عن آيته وأمارته، فالحكم بغيره حينئذ يكون حكما بالباطل، فمن أهدر الأمارات والعلامات في الشرع بالكلية فقد عطل كثيراً من الأحكام، وضيع كثيراً من الحقوق" [٢].

فهذان قولان للفقهاء في العمل بالقرائن في مجال الحدود، وعلى ذلك يمكن أن يخرج لهم قولان في إثبات الحدود بالقرائن الحديثة.

وقد اختلفت وجهة المعاصرين في إثبات الحدود بها كما اختلف الأسلاف من قبل[٣]، والذي يقتضيه النظر: المنع من إطلاق الترجيح لأحد القولين على الآخر؛ فإن كلا منهما مبني على أصول صحيحة وأدلة قاطعة، وهي مجال يتردد فيه النظر والاجتهاد، ولكن ينبغي أن يقال: إن

---

(١) انظر: الطرق الحكمية ص: ٦، ٩٨-١٠٠، تبصرة الحكام ٢/١٠١-١٠٨.

(٢) ملخص من كلام ابن القيم في الطرق الحكمية ص: ٩٨-١٠٠.

(٣) من المعاصرين من يجيز الأخذ بهذه القرائن لكن على وجه الاستئناس فقط، ومنهم من يعمل القطعي منها دون غيره، انظر: وسائل الإثبات للزحيلي ص: ٥١٣، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي للفايز ص: ١٤٥، ٢٠٧، حجية القرائن في الشريعة لعدنان عزايزة ص: ١٥٣-١٨١.

الأصل في الحدود أنها مبنية على التثبت والاحتياط، وأن لا تقام إلا حيث يقطع الحاكم بصحة دليلها أعني دليل الوقوع، أو بغلبة الظن التي تنزل منزلة اليقين، وإذا كان كذلك فمن الواجب أن لا تهدر الأمارات بإطلاق؛ فإن منها ما هو أقطع دلالة وأبين حجة من كثير من البينات، ومنها ما هو دون ذلك إلا أنه يكون من قبيل الظنون الغالبة التي اعتبرها الشارع، وأقام عليها مصالح الدارين، فهذان النوعان لا يتجه الخلاف في اعتبارهما. أما الأول: فلأنه أولى بالاعتبار من البينة؛ إذ كانت دلالته أبين وأقطع، وأما الثاني: فلأن الظنون إذا غلب صدقها تعين العمل بها، وغالب أحكام الشرع إنما هي من هذا القبيل، فلو ألغيت لتعطلت مصالح الناس، ولما حصلت النصفة من المظلوم؛ فإنه لا يتفق في كل جرم أن يقر به فاعله، ولا أن يشهد عليه عدلان فكيف بأربعة ؟.

وبقي هنا قسم ثالث، وهي: الظنون الكاذبة أو المشكوكة، فهذه لا يلتفت إليها لأن الأصل براءة الذمة، وهذا الأصل يقين لا ينتقل عنه بالوهم أو الشك لاسيما في الحدود لخطورتها، ولِعظم الخطأ فيها [(١)].

فإذا تبين هذا فهذه القرائن الحديثة يجري الحكم فيها على وفق هذا القانون، فهو المعيار على قبولها أو ردها، ونحن - أهلَ الزمان - نعلم أن المعارف الحديثة قد ابتكرت من وسائل اكتشاف الجناة والمجرمين ما هو أقطع في الدلالة على المطلوب من كثير من البينات والقرائن المتفق عليها،

(١) انظر مراتب القرائن في تبصرة الحكام ٢/١١١، ووسائل الإثبات ص: ٤٩٣-٤٩٤.

إلا أن نطاق هذا اللون من الوسائل يكاد ينحصر إلى الآن فيما يسمى بالبصمة الوراثية [(١)].

فقد أثبتت التجارب والدراسات صدق هذه الوسيلة صدقاً لا يتطرق إليه أدنى شك أو احتمال، وقد تجلى فيها من مظاهر قدرة الخالق عز وجل أن البصمة مهما تقدم سن صاحبها وشاخ أو هرم فهي على حالتها الأولى منذ الشهر الرابع من عمر الجنين لا تتبدل ولا تتغير، كما أنها لا تتأثر بما يصيبها من الحروق والجراحات بحيث لا تصدق في الدلالة على الجاني أو المجرم، بل لا بد أن يبقى في أنامل اليد من الخطوط الحلمية ما يبرهن على صاحب الجنحة، والأدهى من هذا كله: أن التجارب أثبتت أن البصمات مهما تكاثر عدها إلى حد يخرج عن الإحصاء فهي لا تتشابه فيما بينها البتة ، بل كل بصمة لها خصائص ومميزات لا تتفق مع أي بصمة في العالم، وهذا برهان على سعة قدرة الله وجليل صنعه جل وتقدس [(٢)].

---

(١) تعرف البصمات بأنها: "الانطباعات أو العلامات التي تتركها رؤوس الأنامل عند ملامستها أحد السطوح المصقولة سواء أكانت ظاهرة أم خفية، وهذه الانطباعات صور طبق الأصل لأشكال الخطوط الحلمية التي تكسوها جلد الأصابع". التحقيقات والأدلة الجنائية ص: ٤٧، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية ص: ١٥٣.

(٢) انظر عن خصائص البصمة: التحقيقات والأدلة الجنائية ص: ٥٣، البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي ص: ١٥، حجية القرائن في الشريعة الإسلامية ص: ١٥٣.

ومع وجود هذه الخصائص والمزايا فإن احتمال الخطأ فيها لا يكاد يذكر إلا من جهة التقدير نفسه، أعني تقدير الخبير على أن البصمة هي لفلان من الناس في حين تكون في نفس الأمر لغيره، وهذا احتمال نادر لا عبرة به، على أنه ينعدم إذا علمنا أن الذي يقوم بتحديد البصمة ومطابقتها بأصلها ليس شخصاً واحداً، بل مجموعة من الخبراء ربما يصل عددهم إلى مائة شخص أو يزيدون [١].

فلهذا صح القول باعتمادها دليلاً وشاهداً على تورط المتهم فيما اتهم به من اقتراف الحدود وسائر المخالفات والجرائم، وهذا يسنده العقل والنقل:

أما النقل: فما سبق من النصوص الدالة على العمل بالقرائن في الحدود، ويشبه منها ما نحن فيه: إقامة الحد بالرائحة والقيء كما اتفق عليه الصحابة ﷺ [٢]، وإقامة حد الزنى بالحبل كما ثبت عن عمر ﷺ [٣]، وذهب إليه فقهاء أهل المدينة والإمام أحمد في ظاهر مذهبه [٤]،

---

(١) انظر: حجية القرائن في الشريعة الإسلامية ص: ١٨٠-١٨١.

(٢) انظر: مصنف عبد الرزاق ٢٢٨/٩، ومصنف ابن أبي شيبة ٥٢٤/٥-٥٢٥، الاستذكار ٣/٨، المغني ١٣٨/٩-١٣٩، إعلام الموقعين ٣/٩، فتح الباري لابن حجر ٥٠/٩ و ٦٠/١٠.

(٣) انظر: صحيح البخاري (٢٥٠٥/٦ح ٦٤٤٢) ومسلم (١٣١٧/٣ح ١٦٩١).

(٤) انظر: الاستذكار ٤٨٥/٧، ٥١٠، المغني ٧٢/٩، إعلام الموقعين ٣٧٤/٤، فتح الباري ١٥٤/١٢.

وكذلك يترجح في النظر إقامة الحد على المتهم بالسرقة إذا وجد المسروق عنده، وانتفت عنه الريبة [١].

وأما العقل: فلأن هذا من صميم المصالح التي جاء الشرع برعايتها وتحصيلها؛ وكلنا يعلم أن إهدار مثل هذه القرينة يفضي إلى الظلم والعدوان وتفويت الحقوق على أهلها، مع ما يستتبع ذلك من وسم الشريعة بالتخلف والقصور في السياسة، وهذه مفاسد لا تقر الشريعة مثلها فضلاً أن توسم بها.

لا يقال: إن الشريعة أقامت من وسائل الإثبات ما هو كفيل بكشف الجناة والمخالفين؛ لأن هذه دعوى لا يثبت بمثلها حكم في الشرع، بل الصحيح أن وسائل الإثبات غير محصورة في عدد معين، فأي طريق كشف بها الحق على وجه لا يكون فيه شك وريب فهي بينة كما هو ظاهر القرآن والسنة وعمل الخلفاء وقضاة المسلمين من قبل [٢].

على أنه يقال: فأين ما يمكن أن تثبت به الجرائم من الوسائل التقليدية في عصر غدت فيه الجريمة علماً له أسسه وفناً له محترفوه، واستحدثت فيه من وسائل الجنحة والجريمة وطرق اقترافها ما لا يمكن للعين المجردة إدراكه فضلاً أن تشهد عليه ؟!.

---

(١) انظر: الطرق الحكمية ص: ٦-٩، إعلام الموقعين ١/١٠٣، ٣/٩.

(٢) انظر الخلاف في حصر طرق الإثبات في الطرق الحكمية ص: ١٢، وسائل الإثبات للزحيلي ص: ٦٠٥، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي ص: ٤٣.

فإذا سلم باعتبار هذه الوسيلة في إثبات الجرائم والحدود، فمن الواجب هنا تنبيه القاضي إلى أن القرينة مهما بلغت قوتها فلا يثبت بها الحد إلا عند الحاجة إليه كما لو تعلق الأمر بحقوق العباد، أو تهافت الناس على هتك حقوق الله والاستهانة بها، فيثبت بها الحد لرد الحقوق إلى أهلها، والزجر عن انتهاك حدود الله، وما سوى ذلك فالأصل: أن حقوق الله مبنية على الستر والتسامح، وأن تدرأ بالشبهات ما أمكن، فهذه أصول ثلاثة لا بد من إعمالها جميعاً ولا يضرب بعضها ببعض، فبذلك يكون العدل والميزان، ويحفظ مقصود الشرع في العقوبات والحدود.

وأما ما عدا هذه الوسيلة من البقع الدموية والمنوية والصور الفوتوغرافية والأصوات المسجلة ونحوها فلا تقوى على إثبات الحدود على وجه الاستقلال؛ لأن الخطأ فيها وارد، والتزوير فيها محتمل، ولكن لا بأس بالاستئناس بها في إثبات الحقوق التي يجري فيها التشاح إذا كان ثمة أصل من البينة، ومتى استحدث منها شيء يكون قاطعاً في الحجية فمن الواجب العمل به وإلحاقه بنظيره؛ فإن العدل مقصد قضائي ترومه الشريعة أنى كان طريقه.

٣- تضمين الساعي بالفساد مع المباشر:

الأصل الذي دلت عليه ظواهر القرآن والسنة: أن الإنسان رهين بكسبه، وأنه لا يؤاخذ أحد بجريرة غيره، ومصداق ذلك: قوله تعالى: ﴿وَمَن يَكْسِبْ إِثْمًا فَإِنَّمَا يَكْسِبُهُۥ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ (١).

وقال سبحانه: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ (٢).

وصح عن النبي ﷺ أنه قال في حجة الوداع: "لا يجني جان إلا على نفسه، لا يجني جان على ولده، ولا مولود على والده" (٣).

فظاهر هذه الآي والأخبار أن الإنسان مرهّن بكسبه خاصة، ولا يلحقه شيء من كسب غيره، وهذا أصل يطرد في عموم التصرفات، ولا يستثنى منه إلا مسائل لا تقدح في كليته، ومن هنا جاءت القاعدة الفقهية

---

(١) سورة النساء، آية: ١١١.

(٢) سورة الأنعام، آية: ١٦٤.

(٣) أخرجه من حديث عمرو بن الأحوص: أحمد في المسند ٤٩٨/٣، والترمذي في الجامع، كتاب الفتن، باب ما جاء دماؤكم وأموالكم عليكم حرام (٤٦١/٤ح ٢١٥٩) والنسائي في السنن: كتاب التفسير، قوله تعالى {يوم الحج الأكبر} (٣٥٣/٦ح ١١٢١٣) وابن ماجه في السنن: كتاب الديات، باب لا يجني أحد على أحد، (٨٩٠/٢ح ٢٦٦٩) وابن أبي شيبة في (المصنف ٤٥٣/٧) وهو صحيح بشواهده. انظر: (التلخيص الحبير ٣١/٤) (إرواء الغليل ٣٣٣/٧-٣٣٤) .

أن "المباشرة [١] تقطع حكم السبب"، وقد يعبرون عنها بقولهم: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب قدم المباشر" [٢].

ومعنى القاعدة: أنه إذا اشترك طرفان في جنحة أو جريمة أحدهما بالتسبب والآخر بالمباشرة والتنفيذ، فإن الجزاء المرتب على الذنب إنما يتعلق بخصوص من باشر الجنحة أو الجريمة، وأما المتسبب: فيكتفى في حقه بالتعزير والتأديب؛ وإنما سقط عنه الجزاء المرتب لاستقلاله بفعل المباشر؛ إذ التنفيذ أقوى في الاعتبار من مجرد التسبب والإعانة، وهذا على الجملة والغالب، وقد يستويان أحياناً فيسوى بينهما في الجزاء، ولربما غلب السبب فيستقل بالجزاء دون المباشرة، وذلك إذا لم تكن المباشرة عدواناً، كقتل القاضي والجلاد مع شهادة الزور، فالقصاص يكون على الشهود خاصة دون غيرهم [٣].

---

(١) تعرف المباشرة بأنها: "إيجاد علة الهلاك"، والتسبب: "إيجاد علة المباشرة"، وعليه يكون المباشر: "الذي يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار"، وأما المتسبب: "فهو الذي يحصل التلف بفعله ويتخلل بين فعله والتلف فعل مختار". انظر: قواعد الأحكام ٢/١٣١-١٣٣، غمز عيون البصائر ١/١٩٦.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٩٦، الذخيرة ٤/٤٣٤، المنثور ١/١٣٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ١٦٢، قواعد ابن رجب ٢/٥٩٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٧/٢٧٤، حاشية ابن عابدين ٦/٦٠٥، الذخيرة ٤/٤٣٤، الوسيط ٦/٢٦٢، قواعد الأحكام ٢/١٣٢، قواعد ابن رجب ٢/٥٩٧.

وإلى هذا فقد كان الفرض فيمن يسعى بالفساد بين الناس بالوشاية بهم إلى ذي جور من السلاطين ظلماً حتى ينكل بهم، أو يغرمهم من المال فوق ما يستحقون أن لا يلزم بضمان، ولا يؤاخذ بعقوبة، وقد كانت الفتوى على هذا برهة من الزمن في بعض المذاهب الفقهية كمذهب الحنفية والمالكية، لكن مع بعد الناس عن زمن الرسالة، وفساد ذمم الكثيرين، وقلة الورع فيهم تغيرت الفتوى في شأن هؤلاء السعاة، فأفتى كثير من متأخري أتباع المذاهب المتبوعة بلزوم تغريمهم ما يفرضه الحكام الظلمة على الموشى بهم، وأخذهم مع ذلك بما يزجرهم ويردع أمثالهم (١).

جاء في (شرح التحرير): "فإن قيل: يشكل على ما تقدم من ترك إضافة الحكم إلى السبب المحض فتوى بعض المشايخ المتأخرين في ساع بغيره لا بحق إلى حاكم ظالم سعاية غرمته المال ظلماً بضمانه مع أنها سبب

(١) تغريم الساعي بالفساد ما تسبب في تفويته على المتضرر ظلماً هو ما نص عليه المتأخرون من الحنفية والمالكية والحنابلة، وأما الشافعية: فلا يرون تضمين الساعي بحال، وخالفهم العز بن عبد السلام فأفتى بتضمينه، جاء في (فتاوى ابن حجر الهيتمي ٣/٩٣-٩٤) ما نصه: "سئل عمن سعى بآخر إلى السلطان، فغرمه لأجل السعاية شيئاً فهل يرجع به على الساعي؟ فأجاب بقوله: "قضية قواعد مذهبنا أنه لا يرجع عليه بشيء، وهو كذلك خلافاً لابن عبد السلام، ويفرق بينه وبين تغريم الشاهد إذا رجع بأن الشاهد ألجأ الحاكم شرعاً إلى الحكم المقتضي لتغريم المشهود عليه بخلاف الساعي، فإنه لم يلجئ السلطان لذلك". وانظر: نهاية المحتاج ٨/٣٣١.

محض تخلل بينها وبين الحكم فعل فاعل مختار، فالجواب بمنع الإشكال؛ لأن القياس عدم الضمان كما هو قول المتقدمين، وفتوى المتأخرين بالضمان بالسعاية بخلاف القياس؛ استحساناً لغلبة السعاة بغير الحق إلى الظلمة في زماننا" (١).

وقال ابن أبي زيد القيرواني (٢) - رحمه الله-: "من أخبر لصوصاً بمطمور رجل، أو أخبر به الغاصب وقد بحث عن مطمره أو ماله فدله عليه رجل ولولا دلالته ما عرفوه، فضمنه بعض متأخري أصحابنا، و لم يضمنه بعضهم، وأنا أقول بتضمينه؛ لأن ذلك من وجه التغرير الموجب للضمان، وأما الرجل يأتي السلطان بأسماء قوم وموضعهم وهو يعلم أن الذي يطلبهم به السلطان ظلم، فينالهم بسبب تعريفه بهم غرم أو عقوبة،

(١) التقرير والتحبير ٢٧١/٣، وانظر: كشف الأسرار ٢٥٤/٤، حاشية ابن عابدين ٢١٣/٦.

(٢) عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفري القيرواني أبو محمد، أحد أعيان المالكية المشهورين وأئمة الإسلام المبرزين، ومن إمامته وسعة علمه كان يلقب بمالك الصغير، قال عنه القاضي عياض: "كان أبو محمد واسع العلم كثير الحفظ والرواية، إمام المالكية في وقته وقدوتهم، حاز رئاسة الدين والدنيا، وإليه كانت الرحلة من الأقطار، وعرف قدره الأكابر". من آثاره: (الرسالة) في الفقه المالكي، (النوادر والزيادات). توفي سنة ٣٨٦هـ .
انظر ترجمته في: ترتيب المدارك ٢١٥/٦، سير أعلام النبلاء ١٠/١٧، الديباج المذهب ص: ١٣٦.

فأراه ضامناً لما غرمهم مع العقوبة الموجعة" [١].

ونص الحنابلة على أن من غُرم مالاً بسبب كذب عليه عند ولي الأمر أو بإغراء أو دلالة ووشاية كان للغارم أن يرجع على من وشى به أو كذب عليه؛ لتسببه في ظلمه، وله أن يرجع على من غرمه وهو الأمير أو الحاكم، واستحسن المتأخرون رجوعه على الواشي[٢].

وهذا الحكم وإن كان في ظاهر أمره مخالفاً للقاعدة المذكورة آنفاً إلا أنه أقوم بالسياسة وأوفق لمقصود الشرع؛ إذ بذلك ينكف السعاة والمفسدون، ويطمئن الناس على مهجهم وأموالهم ، بل جعل الإمام الغزالي قتل الساعي في الأرض بالفساد غير مستبعد في الاجتهاد المصلحي إذا صارت السعاية سجية له، وغلب على الظن أن يهلك الناس بسعايته [٣].

وقد ألحق بعض الفقهاء المفتي الضال بالساعي بالفساد، فأوجب عليه ضمان ما تلف بسبب فتواه، وقيده بعضهم بما إذا كان أهلاً للفتوى، وأما

---

(١) الفتوى بهذا النص منقولة في (التاج والإكليل) للمواق بهامش (مواهب الجليل٥/٢٨٤)، وأصلها في (النوادر والزيادات ١٠/١٧١-٣٧٢) لكن بدون اختيار الضمان، وقد نَقل الضمانَ عنه ابنُ يونس كما أشار إليه الحطاب، ونقله عنه أيضاً البرزلي في (نوازل البرزلي ٥/١٥٧-١٥٩)، وانظر: (المعيار المعرب ٥/٢٤٠، ٦/١٧٩) .

(٢) انظر: الفتاوى الكبرى ٤/٥٠٢، كشاف القناع ٣/٤١٩، ٤/١١٦.

(٣) انظر: المستصفى ٢/٤٩٣.

من عداه فلاشيء عليه؛ لتقصير المستفتي حيث لم يتحر من يفتيه من أهل العلم والأمانة في الدين (١).

والذي يقتضيه النظر: أن الضمان يلزم المفتي بباطل سواء كان عالماً أو متعالماً؛ فإنه ساع بالفساد، والدين أخلق بالحماية وذب الغثاء عنه من أموال الناس ومهجهم، والواجب على الحاكم في مثل هؤلاء أن يمنعهم الفتوى ويعاقبهم على ذلك (٢).

وكثير مما يصيب أهل الزمان اليوم من الحوادث والانحراف إنما هي بفتاوى أئمة مضلين، نصبوا أنفسهم للفتيا عن قليل من العلم، فأحلوا وحرموا من تلقاء أنفسهم، والله يعصمنا من الغي، ويهدينا إلى سواء السبيل.

٤- تحديد الزواج بسن معين:

الزواج مطلب شرعي يهدف إلى تحقيق مقاصد ضرورية وحاجية من إعفاف النفس عن الشهوات، وكبح سلطان الشهوة عن مقارفة المحرمات، واستمرار النوع البشري حتى تكتمل العدة التي قدر الله إخراجها للوجود، مع ما يستتبع ذلك من قرار العيش، وسكون النفس، وطمأنينة البال.

ومن أجل تحقيق هذه المقاصد ندبت الشريعة الإسلامية إلى الزواج، ورغبت فيه بألوان من الأساليب، وكان من تمام ذلك أن يسرته غاية

---

(١) انظر: أدب المفتي ص: ١١٠، المنثور ١/١٣٥، إعلام الموقعين ٤/٢٢٦، المعيار المعرب ٨/٣٢٥ .

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٤/٢١٧، كشاف القناع ٦/٢٩٩.

التيسير، فلا مهر باهظ يثقل كاهل الخاطب، ولا قيود ومراسيم تكدر عليه زواجه، وتنغص عليه عيشه، وتكفل الله سبحانه مع ذلك في وعده الصادق بمعونته ورزقه إن هو ابتغى بزواجه العفاف والإحصان.

وقد عايش الناس هذه السماحة واليسر طيلة القرون والأزمنة الماضية، فلم يكن بينهم ما نراه اليوم من المشاق والأعباء العرفية والرسمية التي أنيطت بهذه الشعيرة، بل وقفوا بها مع نهج القرآن الكريم وهدي سيد المرسلين ﷺ ، فتحصلت لهم تلك المقاصد على أحسن حال، وقلت بينهم لذلك ما فشا في مجتمعاتنا من الانحرافات الخلقية والمخالفات الجنسية.

واليوم أي في عصرنا الحالي أطبقت القوانين الوضعية على تحديد سن الزواج لكل من الذكر والأنثى، وقد كانت السابقة في ذلك للمجتمع الغربي، كما نجد ذلك في القانون الروماني والفرنسي والسويسري وغيرها، ثم سلكت البلاد العربية والإسلامية في جملتها هذا النهج الغربي، ففرضت قانوناً يقضي بتحديد سن الزواج لكل من الجنسين، وحظرت مع ذلك تجاوزه إلا بقيود وشروط [1].

ففي مصر: نصت الفقرة الثانية من المادة رقم: (٢٦٦) على أنه لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج يستند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ستة عشرة وسن الزوج ثمانية عشرة وقت العقد، ومنعت اللائحة من سماع دعوى الزوجية إذا قل سن

(١) انظر: شرح قانون الأحوال الشخصية لعلاء الدين خروبة ص: ١٨٢.

الزوجين عن هذا العمر [١].

وفي المغرب: جاء في المادة: (١٩) من مدونة الأسرة: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة".

ونصت المدونة في المادة: (٢٠) على أن "القاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة السابقة بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب لذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي" [٢].

وقد كان هذا من التعديلات التي طرأت على بعض بنود المدونة وفقراتها بطلب من كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة [٣].

وفي سوريا: حدد القانون المتعلق بالأحوال الشخصية سن الذكر

---

(١) انظر: أحكام الأحوال الشخصية لعبد الوهاب خلاف ص: ٣٣.

(٢) مدونة الأسرة ص: ٦٢.

(٣) رفع هذا الطلب في مذكرة أعدتها كتابة الدولة بالتعاون مع الجمعيات النسوية والأحزاب والمنظمات الحقوقية اليسارية في ١٩٩٩/٣/١٩م ، وسمي ذلك: (مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية)، وقد طالبت الخطة في (ص: ١٢٨) برفع سن الزواج لدى الفتاة إلى ثمان عشرة سنة بدلاً عن خمسة عشر، وذلك طبقاً للاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل التي صادق عليها المغرب في يونيو ١٩٩٣م.

المعتبر في الزواج بثمان عشرة سنة، وسن الفتاة بسبع عشرة سنة، إلا أنها أجازت للفتى أن يتزوج بعد خمسة عشر وللأنثى بعد ثلاث عشرة سنة إن طلباه وأذن فيه القاضي إن تبين له احتمال جسميهما لذلك، مع موافقة الولي إن كان أباً أو جداً.

وفي الإمارات: حدد النظام في المادة: (٢٠) فقرة (١) سن الذكر المعتبر للزواج بثمان عشرة سنة وسن الأنثى بست عشرة سنة، وفرضت عقوبة مالية على من خالف النظام.

وبنحو هذا فرضت بقية البلاد العربية السن المعتبر للزواج في كل من الذكر والأنثى[١].

وهذه القوانين في مجملها قد استندت في هذا التحديد إلى أن هذا هو السن الذي يمكن للزوجين إذا بلغاه أن يقوما بأعباء الزواج وتكاليفه خير قيام، وأما دون ذلك فلا يرجى منهما ذلك ، مع أنه لا يتحصل لهما مقصود النكاح الذي هو النسل وقضاء الوطر.

فما هو موقف الشرع من هذه السياسة ؟.

وجواباً عن ذلك أقول: الواقع أن مقاصد الشريعة في الزواج لا تساعد على تأييد ما سلكته هذه القوانين؛ فإن الزواج مشروع لحِكم ومقاصد كثيرة، وهي كما تتحصل من زواج الكبار تتحصل من زواج الصغار أيضاً،

---

(١) انظر: شرح قانون الأحوال الشخصية ص ١٨٠-١٨١، أحكام الزواج للأشقر ص ١١٤-١١٦.

فالزواج يظل مشروعاً للجميع، ولا مدخل لتغير الزمان في تحديده.

يدل لذلك المنقول والمعقول:

أما المنقول: فقول الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾[(١)].

فالآية دالة بعمومها على المطلوب، ووجه العموم فيها: أن (الأيم) اسم لأنثى من بنات آدم عليه السلام كبيرة كانت أو صغيرة لا زوج لها، فاقتضى ذلك الجواز بإطلاق [(٢)].

وقال الحق سبحانه: ﴿وَٱلَّـٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّـٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ﴾[(٣)].

وهذه الآية أصرح في الدلالة على الجواز من الأولى: ووجه الدلالة منها: أن الله عز جلاله جعل عدة الصغيرة التي لم تحض بعدُ إذا طلقت ثلاثةَ أشهر كالآيسة للكبر، ومعلوم أن العدة والطلاق إنما هما للمتزوجة، فدل على أن الصغيرة تزوج وتطلق وتعتد مثل الكبيرة سواء بسواء، وهذا من بديع القرآن [(٤)].

وقد ساق محمد بن إسماعيل البخاري -رحمه الله- في صحيحه هذه

---

(١) سورة النور، آية: ٣٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٤٠.

(٣) سورة الطلاق، آية: ٤.

(٤) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/٣٤٦، أحكام القرآن لابن العربي ٤/٢٨٥.

الآية للدلالة على جواز إنكاح الصغار، وبوب لها بقوله: "باب إنكاح الرجل ولده الصغار"، ثم ذكر فيه حديث عائشة -رضي الله عنها- "أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين، وأدخلت عليه وهي بنت تسع، ومكثت عنده تسعاً" [١].

ولم يزل الناس في عهد الرسالة وما بعده يزوجون ولداهم الصغار ذكوراً وإناثاً حتى الرضع منهم من غير نكير [٢].

وانعقد إجماع الفقهاء والأئمة -رحمهم الله- على صحة إنكاح الصغير ذكراً كان أو أنثى على خلاف بينهم فيمن يتولى تزويجه، هل يختص به الأب أو الجد أو يتعداه لغيرهما، وهل يكون له الخيار إذا بلغ الحلم أم لا يكون له ذلك ؟ [٣].

---

(١) صحيح البخاري: كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار (١٩٧٣/٥ح ٨٤٤٠) وأخرجه مسلم في صحيحه: كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة (١٠٣٩/٢ح ١٤٢٢).

(٢) انظر جملة من الشواهد العملية لذلك في مصنف ابن أبي شيبة ١٧/٤، سنن البيهقي ١١٤/٧ المبسوط للسرخسي ٢١٢/٤.

(٣) نقل الخلاف في هذه المسألة عن ابن شبرمة وأبي بكر الأصم حيث ذهبا إلى المنع من تزويج الصغار استدلالا بقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء/٦] قالوا: فلو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لهذا فائدة، ولأن مقصود النكاح طبعاً هو قضاء الشهوة، وشرعاً النسل، والصغر ينافيهما، =

فالحاصل: أن تزويج الصغير والصغيرة لا تحرمه الشريعة، بل تبيحه متى رضيه وليا الطرفين، وليس معنى هذه الإباحة أن تُمكَّن الصغيرة من زوجها على كل حال حتى لو لم تكن مطيقة للمعاشرة والوطء، بل قد نص الفقهاء على أن الصغيرة لا تزف لزوجها حتى تطيق الوطء، وأنه إذا أضرها

= وهذا لا حجة فيه لأمور:

أحدها: الإجماع المنعقد قبلهما، وقد حكاه غير واحد من العلماء -رحمهم الله- كابن المنذر في (الإجماع ص: ٧٤) وابن عبد البر في (الاستذكار ٥/٤٠٠) والنووي في (شرح صحيح مسلم ٩/٢٠٦) وابن قدامة في (المغني ٧/٣٠) وغيرهم.

الثاني: الوقوع أو جريان العمل به، وهو أقطع بعدم دلالة الآية على ما فهماه منها، وقد زعموا أن تزوج النبي ﷺ بعائشة وهي صغيرة من خصوصياته، وهذا تحكم عمَلُ الصحابة والإجماعُ على خلافه.

الثالث: أن الآية لا تدل لما ذهبا إليه ولا هي مسوقة لهذا الغرض، وذلك أن المراد ببلوغ النكاح الاحتلام، فإن البالغ يرى في منامه صورة الوطء، وليس المراد سن الزواج وإلا كان فيه خلف، ثم الآية سيقت لتحديد الوقت الذي يدفع فيه المال لليتم لا لتحديد وقت الزواج.

وقد ذهب ابن حزم في (المحلى٩/٤٦٢) إلى إحداث قول آخر: وهو المنع من تزويج الصغير خاصة دون الصغيرة، ولا يخفى ما فيه من بعد إلى شذوذه.

انظر هذه الآراء ومناقشتها في: أحكام القرآن للجصاص ٢/٣٤٦، المبسوط للسرخسي ٤/٢١٢، المحلى ٩/٤٥٨، فتح الباري ٩/١٩٠، نيل الأوطار٦/٢٥٢.

بالجماع وهي لا تطيقه لزمه الضمان على قدر ما لحقها من الضرر [(١)].

والقول بأن مقصود النكاح لا يتحقق في زواج الصغار غير مسلّم، فإن المعنى فيه -كما يقول العلماء-: أن النكاح من جملة المصالح وضعاً في حق الذكور والإناث جميعاً، وهو يشتمل على أغراض ومقاصد لا تتوفر إلا بين الأكفاء، والكفء لا يتفق في كل وقت، فلو انتظر بلوغها فلربما فات ذلك الكفء، وقد لا يوجد مثله، فكانت الحاجة ماسة إلى جوازه تحصيلاً للكفء قبل فواته [(٢)].

ومع هذا يمكن القول بأنه إذا ترتبت مفاسد على تزويج الصغار في عصر من العصور لفساد الذمم وكثرة الطمع فلا مانع أن يسند الأمر للقضاة ليحكموا في أنكحة الصغار حسبما يتجلى لهم من المصالح والمفاسد دون فرض هذا التحديد الذي لا ينضبط معه مقصد، وليس لهم أن يمنعوا من أنكحة الصغار بإطلاق، بل يمنعوا منه إذا تحققت لهم فيه المضرة، أو كان يقصد من ورائه ما يخالف الشريعة ويناقض مقاصدها.

ثم يقال بعد هذا: إن هذه القيود التي تفرضها القوانين الوضعية لا تؤثر في صحة النكاح، فمتى رضي الولي بزواج موليته الصغيرة وقبل

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٢٠٤، مواهب الجليل ٣/٥٠٤-٥٠٧، الوسيط للغزالي ٥/٢٢٥، المغني ٨/٣٧٢، الإنصاف ٨/٣٤٤، شرح النووي على صحيح مسلم ٩/٢٠٦.

(٢) انظر: المبسوط ٤/٢١٢-٢١٣، شرح النووي على صحيح مسلم ٩/٢٠٦.

الزوج كان النكاح صحيحاً لا يقدر قانون على فسخه ما دامت الشريعة قد أجازته، فإن شرع الله هو المهيمن على كل شرع وقانون.

٥- المنع من تعدد الزوجات:

لم يكن الناس في العهود والأزمنة الماضية يثيرون الاهتمام بموضوع تعدد الزوجات على نحو ما يثار اليوم، ذلك أن التعدد كان فاشياً في المجتمع المسلم إلى أن أصبح من العادات التي يعز على النفس تركها، ولا تكاد تجد في سير الملوك والخلفاء وأصحاب الجدة من كان منهم مقتصراً على واحدة، والسبب في فشو ذلك ليس هو ما قد يفهمه البعض من حب إشباع الغريزة والركون إلى النسوة، فهذا شيء يمكن حصوله بواحدة وبما أباح الله من ملك اليمين، لكن الذي يبدو أن السبب في ذلك: هو أن الناس قديما خصوصاً العرب منهم كانوا يتعصبون بالبنين ويتباهون بكثرة الذرية، وقد يكون للرجل ضيعات وبساتين زراعية فيستكثر ولده لذلك، وفي بعض الأحيان يكون الداعي لذلك قصد تحقيق المباهاة التي أخبر بها النبي ﷺ إذ قال فيما صح عنه: "تزوجوا الولود الودود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة" (١).

وقد لاقت هذه العادة والسنة ردود فعل قاسية من طرف من غاظهم

---

(١) أخرجه من حديث أنس بن مالك: أحمد في المسند ١٥٨/٣، والحاكم في المستدرك ١٧٦/٢، والبيهقي في السنن ٨١/٧، وابن حبان في صحيحه بلفظ "الأنبياء" بدل "الأمم" ٣٣٨/٩، وهو صحيح بشواهده. فتح الباري: ١١١/٩.

ذلك من الغربيين بشتى انتماءاهم ونحلهم، وألصقوا بالشعوب المسلمة تهماً تنم عن القصور في الفكر والحقد الدفين تجاه المسلمين ودينهم، ولو أن هذه الردود والحملات الشنيعة اختصت بهؤلاء لما كان في الأمر غرابة، فالذين لا يدينون بالإسلام لا يستبعد منهم مثل ذلك، وكما قيل: ليس بعد الكفر ذنب أعظم.

ولكن الأمر تعدى هذه الفئة من الناس ليصبح رائجاً في العالمين العربي والإسلامي، وقد هب أولاً لترويجه ونصرته طوائف ممن أشربوا هواهم وتأثروا بدعاة الغرب والمستشرقين، ثم بدأ الاهتمام رسمياً بهذه القضية في أواخر القرن المنصرم في إطار ما سمي بالدعوة لتحرير المرأة وإدماجها في التنمية ضمن الترويج لحقوق الإنسان زعموا [١].

---

(١) بدأ الاهتمام بقضايا المرأة على المستوى العالمي بشكل واضح ابتداءً من عام ١٩٧٥م حيث اعتبرت الجمعية العامة للأمم المتحدة ذلك العام عام المرأة الدولي، وأقيم في ذلك العام المؤتمر العالمي الأول للمرأة ، ثم في عام ١٩٧٩م عقدت الجمعية العامة للأمم المتحدة مؤتمراً تحت شعار: (القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة)، وخرج المؤتمرون باتفاقية تتضمن ثلاثين مادة وردت في ستة أجزاء للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بالمفهوم الغربي ، وجاءت هذه الاتفاقية لأول مرة بصيغة ملزمة قانونياً للدول التي توافق عليها إما بتصديقها وإما بالانضمام إليها، وقد نتج عن ذلك فيما بعد تغيرات على قضايا المرأة المسلمة في كثير من مجالات الحياة السياسية والاجتماعية، إذ أصبحت تشارك الرجل في كثير من المناصب التي اختص بها =

وفي هذا السياق تجدر الإشارة إلى أمور بها يتجلى مقاصد الغرب ومن ناصرهم من عداء هذه الشعيرة الإسلامية والسنة الاجتماعية القديمة:

أولاً: أن التعدد ليس هو من أوليات الإسلام وشرائعه الخاصة، بل كان التعدد شرعة في الأديان السابقة مثل اليهودية والنصرانية، وكان معمولاً به لدى كثير من الشعوب والحضارات القديمة، ولم يكن له عندهم حد محدود، فيذكر المؤرخون أن الصينيين مثلاً كان مسموحاً لهم بالتعدد إلى حد ثلاثين ومائة امرأة، ويقال: إنه كان لأحد أباطرة الصين ثلاثون ألف امرأة !.

وثبت في التوراة والإنجيل أنه كان لإبراهيم وموسى ويعقوب وداود عليهم السلام عدة زوجات، وأباحت الشريعة اليهودية أن يعدد الرجل من النساء حسب استطاعته.

وقد ورد في أخبار العهد القديم: أن نبي الله سليمان عليه السلام

= أحقاباً مديدة، وكانت ولا تزال هناك جهود لتغيير ما يتعلق بأحكام الأسرة التي كانت في مجملها هي الشرعة الباقية في القوانين الوضعية باسم (حقوق المرأة والمساواة) زعموا.

انظر: (المرأة المسلمة بين موضات التغيير وموجات التغرير) للدكتور فؤاد العبد الكريم مقال ضمن مجلة البيان: عدد ١٨٩ ص: ٤٢، و(حقوق المرأة والطفل بين الحقيقة والادعاء) لعلي عليوة مقال ضمن نفس المجلة: ع ١٦٥ ص: ٥٢.

كان له من الزوجات الحرائر سبعمائة ومن الإماء ثلاثمائة جارية [١].

وأما النصرانية: فلم يرد في أناجيلها المتداولة نص صريح أو ظاهر في المنع من تعدد الزوجات، وثبت في التاريخ أن المسيحيين كان منهم من يتزوج أكثر من واحدة، وقد تزوج (قسطنطين) الأول [٢] عدة من النساء، وهو أول ملك آمن بالمسيحية ودعا إليها، وسن (فالنتين) الثاني [٣] تشريعاً يبيح تعدد الزوجات، وبقي ذلك مباحاً حتى منعته الكنيسة سنة

---

(١) انظر: (سفر الملوك الإصحاح الحادي عشر) نقلاً عن إبراهيم النجار في كتابه: حقوق المرأة في الشريعة ص ٣٢٠، وانظر: (تعدد زوجات النبي ﷺ) للدكتور غلام مرتضى، مقال في مجلة الجامعة الإسلامية، ع: ٥٩ ص: ١٥٠-١٦٢.

(٢) أحد ملوك الروم المتنصرة، تولى الملك سنة ٣٠٦م ، ودخل النصرانية بعد سنة واحدة من توليه الملك الذي دام ثلاثين سنة، وهو مؤسس مدينة القسطنطينية، وفي عهده عقد عدد من المجامع الكنسية كان أبرزها مجمع نيقية سنة ٣٢٥م، وفيه اعتمدت عقيدة التثليث وأقرت عقيدةً جديدة للنصارى، وطرح ما سواها. توفي سنة ٣٧٧م. انظر: الموسوعة العربية الميسرة ١٣٧٩/٢.

(٣) فالنتين الرومي، أحد قساوسة النصارى، عاش في روما تحت حكم الإمبراطور الروماني كلاوديوس الثاني في أواخر القرن الثالث الميلادي، وقد حاول الإمبراطور بعد ذلك إقناعه بترك النصرانية وعبادة آلهة الرومان ليعفو عنه، وأغراه بجملة من الوعود، ولكنه رفض ذلك بشدة وآثر التمسك بدينه، فأمر بضربه ضربًا مبرحًا ثم قطع رأسه يوم ١٤ شباط سنة٢٧٠ م. عن موقع : http://www.peter-paul.net، وانظر: الموسوعة الميسرة ١٢٦٩/٢.

٣٥٠م وظلت تناوئه وتقول بحرمته، واستقر الأمر أخيراً على منعه [١].

وفي سنة ١٩٤٨م أقر مؤتمر الشباب العالمي في (ميونخ) إباحة التعدد، وكان للحرب العالمية الأولى والثانية أثرها الكبير في إحياء هذه السنة بين الشعوب الأوربية إذ إنها قضت على معظم الرجال، وازداد عدد النساء على الرجال بنسبة ٤٥%، فلم يكن بد من الدعوة للتعدد وعقد المؤتمرات والندوات لذلك، وقد أرسلت الحكومة الألمانية إلى مشيخة الأزهر تطلب منهم إمدادها بنظام التعدد للإفادة منه كحل لمشكلة تفاقم العوانس إبان الحربين العالميتين الأولى والثانية [٢].

فهذه شواهد من التاريخ القديم والحديث على أن التعدد لم ينشئه الإسلام، ولم يكن هو السابق إليه، وهذا ينسف مزاعم الغرب ومن تابعهم بأن الإسلام جاء بتشريع لم تعرفه الأمم والحضارات السابقة، ولا أدل منها على جهلهم بالحقائق، وقصور نظرهم في التاريخ.

ثانياً: جل من يناصر دعوة الغرب لمحاربة هذه السنة يبررون منعهم منها بتقدم الزمن واختلاف الحال عما كان عليه سابقاً، فليس في وسع الرجل اليوم - مع كثرة الشواغل- أن يجد وقتاً لتربية العدد القليل من الأبناء كيف إذا كثروا، ويقولون: إن التعدد أبيح في صدر الإسلام لفوائد

---

(١) انظر: المرأة بين الفقه والقانون لمصطفى السباعي ص: ٧١-٧٨، (تعدد الزوجات) لمحمود فايد، مقال ضمن مجلة الجامعة الإسلامية ع: ٤٠ ص: ٨٩.

(٢) انظر: المرأة بين الفقه والقانون ص: ٧١-٧٨.

كانت مطلوبة في ذلك الوقت مع قلة الضرر الناتج عنه، ولأن الأمهات كن على قدر من التدين مع علم يعصمهن من الغي في إعداد النشء وتربيته، أما اليوم فقد عم فيهن الجهل والانحراف، فإذا ولي مثلهن تربية الأولاد فسدوا، وصيرن الإخوة أعداء فيما بينهم، وعاقين كارهين لأبيهم، وهذا فساد ينتقل من الأفراد إلى البيوت ومن البيوت إلى الأمة، ولا يمكن لأحد أن يربي أمة فشا فيها تعدد الزوجات [١].

وقد يقصر نظر بعضهم فيرى أن المقصود من ذلك إشباع الغريزة الفطرية عند الرجل، أو أنه امتداد لما عرفته الجاهلية من ظلم المرأة واضطهادها، ولا يتورع بعضهم عن وسم سنة التعدد بأنها: "كانت من سمات عصر الإقطاع والدولة الإقطاعية" [٢].

وليس فيما يقوله هؤلاء حق ولا أدب، فإن الإسلام لم يبح التعدد إلى أربع لإهانة المرأة والتضييق عليها، ولا ليشبع الرجل حاجاته ونزواته حتى يشابه البهائم، بل مقاصد الشرع في التعدد تسمو به عن خرص هؤلاء وتوهماتهم، وبشيء من تأملها يبدو للناظر أنها من أدل الشواهد على ربانية التشريع وسموه عن الدساتير الوضعية والأهواء البشرية.

وقبل استجلاء تلكم المقاصد والحِكم نعلم أن الإسلام لم ينشئ

---

(١) انظر: تفسير المنار ٤/٣٤٩-٣٥٠.

(٢) فجر اليقظة العربية لمحمد عمارة ص: ١١٨ نقلاً عن محمد حامد الناصر في مقاله: (موقف العصرانيين من الفقه وأصوله) مجلة البيان ع: ١٤٦ ص: ١١٢.

التعدد كما سلف، وإنما جاء بتشريع ينظم ما كان عليه الناس في الجاهلية وقبل الإسلام، فقد كانوا يتزوجون من النساء ما يشتهونه من دون قيد ولا حد، فجاء الإسلام بتشريع ينظم هذه الفوضى وهذا التعسف، فحده في أربع؛ لأن ذلك غاية ما تستقر به نفس الراغب في التعدد، وقد يكون المعنى فيه: أن عدد النساء يزيد على الرجال بنسبة أربع إلى واحد، فشرع التعدد للحيلولة دون كثرة العوانس أو التقليل منهن.

و لم تطلق الشريعة هذه الإباحة ليتصرف فيها الرجل كيف شاء، بل إنما أباحت ذلك لمن استطاع العدل بين زوجاته، وذلك في النفقة والكسوة والمعاشرة، وترك الضر في كل ما يدخل تحت وسع المكلف وطوقه دون ميل القلب؛ فإن أحداً لا يستطيع التحكم في عواطفه وأحاسيسه، وإنما هذه القلوب بيد الرحمن يقلبها كيف يشاء، وهذا هو العدل المنفي في قوله تعالى: ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ ﴾ [(١)].

ويحاول البعض أن يتخذ من هذه الآية دليلاً على تحريم التعدد؛ لأن جوازه مشروط بالعدل، وهذه الآية تثبت استحالة العدل بين الزوجات، فيكون التعدد ممنوعاً منه [(٢)].

وهذا فساد في الرأي، وجهل شنيع بأساليب اللغة، "وشريعة الله

---

(١) سورة النساء، آية: ١٢٩.

(٢) انظر: المرأة بين الفقه والقانون ص: ٩٩.

ليست هازلة حتى تشرع الأمر في آية وتحرمه في آية بهذه الصـــورة الـــتي تعطي باليمين، وتسلب بالشمال!" [١].

وإنما العدل في الآية المبيحة هو العدل فيما يدخل تحـــت طـــوق المكلف ووسعه من أمور النفقة والمسكن وما يتبع ذلك، وأما العدل في هذه الآية فهو الحب المعبر عنه بميل القلب، كما قال النبي ﷺ عن حبه لعائشة - رضي الله عنها-: "اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمـــني فيما تملك ولا أملك" [٢].

وأعود لأوكد أن الإسلام لم ينشئ التعدد، وإنما نظمه وأحكمه، ولم يأمر به أمر إيجاب حتى يكون فرضاً لازماً، بل أباحه وندب إليه الراغب

---

(١) في ظلال القرآن ٥٨٢/١.

(٢) أخرجه من حديث عائشة أحمد في (المسند: ١٤٤/٦) وأبو داود في السنن: كتاب النكاح، باب القسم بين النساء (٢٤٤/٢ح ٢١٣٤) والترمذي في الجامع: كتاب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر (٤٤٦/٣ح ١١٤٠) والنسائي في السنن: كتاب عشرة النساء، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض: (٢٨١/٥ح ٨٨٩١) وابن ماجه في السنن: كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء: (٦٣٣/١ح ١٩٧١) وابن حبان في (صحيحه١٠/٥) والحاكم في (المستدرك على الصحيحين ٢٠٤/٢) والبيهقي في (السنن ٢٩٨/٧) وابن أبي شيبة في (المصنف ٣٧/٤) واختلف النقاد في صحته، واستظهر المحققون من أهل العلم أنه مرسل، وله شاهد يحسنه. انظر: (التلخيص الحبير ١٣٩/٣) (إرواء الغليل ٨١/٧-٨٣) .

فيه القادر على تحمل أعبائه، وفي كلا العملين يتراءى منهما أن النفع في التعدد كائن في جانب المرأة أكثر منه في الرجل:

أما أولاً: فلو أن الشريعة لم تحده في أربع لاستكثر الرجال من النساء بما لا يمكن معه عدل ولا رعاية، وفي ذلك من ظلم المرأة وتعريضها للضنك ما لا يخفى.

وأما ثانياً: فلولا إباحة التعدد لترتب على وجوب الاكتفاء بواحدة مفاسد كثيرة:

منها: أن سنة الله سبحانه في خلقه اطردت بزيادة عدد النساء على الرجال، فلو أن الناس اكتفوا بواحدة فإن النتيجة الحتمية هي وفرة عدد العوانس في المجتمع، وهذا يفضي بالعانس إلى الفحشاء واتخاذ الأخدان؛ إذ كيف لها أن تعف نفسها، وتشبع فطرتها الغريزية إلا بذلك ؟، ويحرمها مع ذلك من الأمومة التي غرز الله حبها في كل أنثى، ومن المسكن والأنس الذي لا تجده في غير الزوج، هذا مع تعريضها إلى تكفف الناس ما تقيم به عيشها وتصلح به حالها، وهي إذا كفيت بعض هذه المفاسد فلا سبيل إلى كفايتها جميعاً.

ومنها: أن الزوجة الواحدة عرضة للمرض الذي يمنعها من أداء حق الفراش، وقد تكون عقيماً لا تنجب إما بالأصالة أو الطرو، وقد تكون من النوع الذي لا يؤلف لقبح طويتها وسوء عشرتها، والزوج مع هذا مجبول على قضاء الوطر، وركون النفس، ويصبو إلى الأبوة وكثرة

الولد، ومع هذه الموانع لا يستقيم لهما عيش، ولا يهنأ لهما بال، ومتى ألزم زوج كهذا بالاقتصار على واحدته فهي المضادة للفطرة التي فطره الله عليها، ولا جرم بعد ذلك أن يندم على زواجه، ويقدم على الطلاق الذي يجر على مطلقته وولده منها المفاسد الوخيمة، فأين ذلك من الرضا بالضرة والصبر على نار الغيرة ؟.

ومنها: أن المصالح المترتبة على التعدد من كفالة النساء الزوائد، وإعفافهن عن الحرام، وإشراكهن في الأمومة وتربية الأجيال، وتحقيق المباهاة التي أخبر بها النبي ﷺ ، وتفادي الطلاق الذي هو البديل عن التعدد، وغيرها من المصالح جلها في صالح المرأة، وهي كلها تنعدم مع محاربة هذه السنة والدعوة لمنعها، وكفى بذلك حجة على ربانية هذا التشريع الذي يسمو عن خرص الناس وتوهماتهم وقصور أنظارهم.

ومن هنا يتراءى للناظر أن التعدد الذي أباحه الإسلام هو العلاج الناجع لكثير من المشاكل الأسرية والاجتماعية، وهو السبيل لنيل المصالح السالفة التي بها قوام العيش وراحة البال، وهذا لا يستقيم إلا حيث يكون العدل والميزان، "فرخصة التعدد تلبي واقع الفطرة وواقع الحياة، وتحمي المجتمع من الجنوح - تحت ضغط الضرورات الفطرية والواقعية المتنوعة - إلى الانحلال أو الملل، والعدل يحمي الحياة الزوجية من الفوضى والاختلال، ويحمي الزوجة من الجور والظلم، ويحمي كرامة المرأة أن تتعرض للمهانة بدون ضرورة ملجئة واحتياط كامل، ويضمن العدل

الذي تحتمل معه الضرورة ومقتضياتها المريرة، فليس في التعدد مجرد إشباع الغريزة، إنما هو ضرورة تواجه ضرورة، وحل يواجه مشكلة" [(١)].

ثالثاً: وبعد كل هذا يقال: إن ما يذهب إليه المناهضون لهذه السنة هم في حقيقة أمرهم يسعون لتحلل المجتمع المسلم وهدم مقوماته وأخلاقه، وتعريض المرأة للمهانة وقضاء حياتها وحيدة كئيبة، أو مربية أطفال لا يرجعون إلى أصل ولا يعرف لهم نسب، ويسمون ذلك (تحرر المرأة) أو (حقوق المرأة) قلباً للحقائق وافتياتاً على الله، وإنما الحق كله والخير كله فيما شرع الله ونطق به القرآن: قال الله جل شأنه: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾ [(٢)].

(١) في ظلال القرآن ١/٥٨١.

(٢) سورة النساء، آية: ٣.

٥- جعل الطلاق بيد القاضي:

الأصل الذي دل عليه الكتاب والسنة: أن الطلاق إنما يملكه الزوج خاصة، فهو الذي يوقعه إما بالمباشرة أو التوكيل أو التخيير، أعني تخيير المرأة نفسها عند من يرى ذلك، وليس لأحد أن يطلق على غيره بغير اختياره.

قال أبو عمر بن عبد البر - رحمه الله -: "الأصل المجتمع عليه: أن الطلاق بيد الزوج، أو بيد من جَعل ذلك إليه" [١].

وهذا هو ظاهر القرآن الكريم إذ أضاف الطلاق إلى الأزواج خاصة، و لم يضفه للحاكم أو الزوجة، كما في قوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [٢].

وقوله جل شأنه ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ﴾ [٣].

وروي أن عبداً جاء إلى النبي ﷺ فقال: "يا رسول الله، إن سيدي زوجني أمَته، وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، فصعد رسول الله ﷺ المنبر فقال: يا أيها الناس، ما بال أحدكم يزوج عبده أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق" [٤].

---

(١) الاستذكار ١٨٤/٦، وانظر: المغني ٣٠٨/٧.

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٣٦.

(٣) سورة الطلاق، آية: ١.

(٤) الحديث أخرجه عن ابن عباس: ابن ماجه في سننه: كتاب الطلاق، باب طلاق =

وقال عمر ﷺ: " إنما الطلاق بيد من يحل له الفرج" [(١)].

فاقتضت هذه الأدلة جميعها أن الطلاق إنما يملكه الزوج خاصة.

وأما القاضي: فالأصل أنه لا يطلق على الأزواج زوجاهم، و لم يخول له الشرع أن يفرق بين الزوجين إلا في أحوال؛ وسبب ذلك: أن شأن القاضي أن ينظر في الخصومات ليحق الحق ويبطل الباطل ويمنع من الظلم، والمسألة في الحياة الزوجية ليست مسألة ظالم ومظلوم، إنما هي صلاحيتها للبقاء بإمكان استمرار المودة أو عدم صلاحيتها، ثم القاضي إنما يحكم لأحد الطرفين بناء على البينة والأمارات، وليس من المصلحة الاجتماعية أن تنشر دخائل الأسر في دور القضاء والمحاكم، وتشهر أمام الملأ، وقد يكون منها ما لا يجوز إفشاؤه، والبيوت الزوجية أسرار، وإذا عرضت للتقاضي فهو الخزي والفضيحة [(٢)].

ومع هذا فقد استثني من هذا الأصل أحوال يتدخل فيها القاضي لفك رابطة الزوجية [(٣)].

= العبد: (٦٧٢/١ح ٢٠٨١) والطبراني في الكبير بنحوه (٣٠٠/١١)، والدارقطني (٣٧/٤) والبيهقي (٣٦٠/٧) وفي سنده مقال. انظر: (التلخيص الحبير ٢١٩/٣).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في (المصنف ١٠٣/٤)، وانظر شواهده في (مصنف عبد الرزاق ٢٤٢/٧) و(سنن سعيد بن منصور ٢٤٣/١) و (المحلى ٢٣١/١٠) .

(٢) انظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص: ٢٨٢.

(٣) هذه المستثنيات على الجملة محل وفاق بين الفقهاء، إلا أهم يتفاوتون في تمليك =

وذلك في الجملة: إذا ثبت لديه تضرر المرأة من قبل زوجها إما بعيب مؤثر، أو بإيلائه منها إذا أبى الفيئة بعد تربصه أربعة أشهر، أو بغيبته الطويلة، أو بنحو ذلك، وكذا إذا حدث بينهما شقاق ورأى الحكمان أن يفرق بينهما، وما عدا ذلك فليس من حقه، بل إما أن يكون الأمر فيه عائداً إلى اختيار الزوج أو الزوجة، أو لا يكون متوقفاً على اختيار أحدهما، وذلك فيما لو اختل العقد من أساسه بردة أو لعان أو رضاع ونحو ذلك [1].

والسبب في استثناء هذه الأحوال أمران:

أحدهما: أن التفرقة بين الزوجين بما ذكر تحتاج - كما يقول ابن فرحون - إلى نظر وتحرير، وبذل جهد في تحرير سببه ومقدار مسببه، فإن كان الطلاق لإعسار الزوج مثلاً احتاج للتحقق من وجوده، وهل هو ممن يلزمه الطلاق بعدم النفقة أم لا يلزمه، كما لو تزوجته وهي عالمة بفقره فإنها لا تطلق عليه، واحتاج أيضاً إلى التحقق من حاله، وهل هو مما يرتجى غناه أم لا ؟، وكذلك لو كان الطلاق للإضرار فإنه

= القاضي الطلاق بين موسع ومضيق، ولعل أكثر المذاهب الفقهية توسعاً في ذلك المالكية والحنابلة، أفاده الأستاذ محمد أبو زهرة في كتابه : (الأحوال الشخصية ص: ٣٤٧) .

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣٣٦/٢، تبصرة الحكام ٨٣/١-٨٥، بدائع الفوائد لابن القيم ٢٠٨/٤، الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص: ٣٤٢، ٣٤٧، ٣٨٢.

يحتاج لهذه الأنظار، والتحقق من انتفاء الأعذار [١].

الثاني: أن هذه المسائل هي في الجملة من مسائل الاجتهاد، والفقهاء مختلفون فيها، فيتدخل الحاكم ليرفع الخلاف بحكمه، ولتحل المرأة لمن يتزوجها بيقين، ولولا حكمه لحصل الشك في حلها، وهذا يفضي بالمرأة إلى أن يكون لها زوجان كل يعتقد حلها له وحرمتها على الآخر [٢].

فإن قيل: فهلا جُعل الطلاق بيد الزوجة بحيث تملكه على نحو ما يملكه الزوج ؟، فالجواب: أن المشرع الذي هو الله سبحانه لا يُسأل عما يفعل، فهو الذي خص الأزواج بالطلاق، وقصره عليهم، والحكمة في ذلك - والله أعلم-: أن الطلاق شأنه عظيم، وتترتب عليه من الأحكام والعواقب ما يوجب التروي في الإقدام عليه، وأن لا يُستعجل في إيقاعه مهما كانت البواعث والأسباب، وهذه الأناة والتروي لا تتوافق وعاطفةَ المرأة التي جبلت عليها؛ ذلك أن المرأة تملكها العاطفة - وتلك ميزتها وفضيلتها -، وهي أكثر ما يثير غضبها، وإذا غضبت تظن أن حياتها قد أصابتها كدرة يستحيل معها صفوها، وترى أن البيت قد صار أضيق على نفسها من كفة الحابل، فتهجر زوجها وتصب عليه من الألفاظ أصرحها في الفراق والطلاق، فلو شرِّكت في هذا الطلاق مع زوجها لما استقر نكاح

---

(١) انظر: تبصرة الحكام ١/٨٣-٨٤ .

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٢٣٩، ٢٨٣، المنثور للزركشي ٣/٤٢، مغني المحتاج ٤/ ٤٦١، المغني ٧/٢٠١، ٨/١٦٥، كشاف القناع ٥/١٦٤.

البتة، والزوج بحكم جبلته الغالبة وما يُعقبه طلاقه من عواقب والتزامات لا يقدم على طلاق امرأته إلا حيث يتحقق من نفعه وضرورته [1].

واختصاص الزوج بالطلاق لا يعني أنه يملك السيطرة على زوجه بحيث لا تجد طريقاً للخلاص منه إذا هو ضايقها واستحالت الحياة بينهما إلى ويلات وثبور، فهذا غير وارد، ولا يقول به أحد، بل الشارع الحكيم لا يقر ظلماً في الأرض، ولا يشرع إلا ما فيه مصلحة، وقد جعل للزوجة إذا أضرها زوجها أو تضررت به طريقين للخلاص منه:

أحدهما: أن ترفع أمرها للقاضي، فإذا ثبتت عنده ما تدعيه عليه فرق بينهما بعد أن يبعث إليهما الحكمين في الشقاق ويختاران الفراق، كما قال الله عز وجل: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ [2].

الطريق الثاني: أن تفتدي منه بعوض على أن يفارقها، وهو المراد بقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ [3].

وهذا إنما يجوز لها إذا كرهت زوجها لخَلقه أو خُلقه أو دينه أو

---

(١) انظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص: ٢٨٣-٢٨٤.

(٢) سورة النساء، آية: ٣٥. وانظر: أحكام القرآن للجصاص ١٥٠/٣، أحكام القرآن لابن العربي ٥٣٨/١-٥٤١، بداية المجتهد ٧٤/٢، المغني ٢٤٣/٧.

(٣) سورة البقرة: ٢٢٩، وانظر في تفسير الآية: أحكام القرآن للجصاص ٨٩/٢، أحكام القرآن لابن العربي ٢٦٣/١.

عجزه أو نحو ذلك، وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته، فيجوز لها أن تفارقه بعوض تفتدي به نفسها [(١)].

والفقه في ذلك -كما يقول أبو الوليد بن رشد رحمه الله -: "أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق؛ فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل، وهذا إذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه إضراره بها" [(٢)].

فالحاصل: أن الأصل في الطلاق أن يكون بيد الزوج، ولا يخرج عنه إلا إذا أضر بزوجه أو تضررت به بما لا يمكن معه استقرار ولا حسن عشرة، فيحسم النزاع بالتفريق بينهما.

ويجب أن يُعلم أن تفريق القاضي بين الزوجين في الحالات التي تستدعي ذلك لا يعني أن القاضي هو الموقع للطلاق حتى يصح القول بإمكان جعل الطلاق إليه كما قد يُفهم، بل الطلاق يقع إما بحكم الشرع، أو باختيار الزوجة المتضررة، والقاضي لا يعدو أن يكون منفذاً لهذا الاختيار، وملزماً للزوج بترك التعرض لمطلقته.

يقول برهان الدين بن فرحون - رحمه الله -: "وجملة القول: أن الحق إذا كان للمرأة خالصاً فإنفاذ الطلاق إليها مع إباحة الحاكم لها ذلك، ونسبة الطلاق إلى القاضي ؛ لكونه ينفذه ويحكم به، كما يقال:

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/٥٠، المغني ٧/٢٤٦.

(٢) بداية المجتهد ٢/٥١.

فرق الحاكم بينهما، وكما يقال: قطع الأمير السارق، ورجم وجلد، وهو لم يفعل، وإنما أمر به، فما جاء من تفريق السلطان فهو من هذا المعنى"[١].

فإذا وضحت هذه المقدمة تبين الحكم فيما أقرته بعض القوانين الوضعية من قصر الطلاق على القاضي خاصة، بمعنى: أن أي طلاق وقع خارج المحكمة، فلا اعتبار له حتى يمضيه القاضي بعد بحثه في الأسباب الباعثة على الطلاق، وتلزم هذه القوانين القاضي أن لا يمضيه حتى يرى فيه المصلحة ويعجزَ عن الصلح بين الزوجين [٢].

واتجهت قوانين أخرى في هذا الصدد إلى فرض تعويض مالي على المطلق تنتفع به مطلقته لمدة سنة كاملة إذا تبين للقاضي أن المطلقة سيلحقها بؤس وفاقة جراء هذا الفراق [٣].

فصار الطلاق في عرف هذه القوانين مثل الخصومات التي يجري فيها التشاح بحيث يحتاج الفصل فيها إلى حكم حاكم، ويكون الزوجان هما طرفي النزاع في القضية.

والذي دعا واضعي هذه القوانين لفرض هذا الإجراء: كثرة وقوع الطلاق، والإقدام عليه لأتفه الأسباب، مع ما يتبع ذلك من تضرر المرأة بفراق زوجها، وتعريضها للضنك والحياة البئيسة، ففرضوا هذا الإجراء

---

(١) تبصرة الحكام ١/ ٨٤.

(٢) انظر: شرح قانون الأحوال الشخصية لعلاء الدين خروبة ص: ٧٤٠.

(٣) المرجع السابق ص: ٤٧٠، والمرأة بين الفقه والقانون ص: ١٤٦.

للتقليل من استرسال الناس في الطلاق.

وقد كان للعلماء والباحثين المعاصرين وجهات نظر مختلفة تجاه هذه الأنظمة، فبعضهم استنكرها و لم ير لها معنى [1]، وطائفة أخرى قابلت هؤلاء، ورأت أن هذا من صميم السياسة الشرعية، وآخرون منهم رأوا أن الواجب فرض تعويض مالي على كل مطلق يلزم بدفعه حتى تتزوج مطلقته أو يحضر أجلها [2].

والذين ارتضوا ذلك استندوا إلى قاعدة دفع الضرر؛ فإن الطلاق يلحق بالمرأة ضرراً لا ينكر، فلزم مثل هذا الحكم حتى ينكف الناس عن التطليق لغير سبب، وتحفظ للمطلقة حياة كريمة في ظل استمرار نفقة المطلق عليها.

وأيدوا فرض هذا التعويض بالمتعة [3] التي فرضها الله عز وجل

---

(١) انظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص: ٢٨٢.

(٢) انظر: المرأة بين الفقه والقانون ص: ١٤٥-١٤٦، شرح قانون الأحوال الشخصية لعلاء الدين خروبة ص: ٧٤٠، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية: ص: ١٨٠-١٨٥.

(٣) المُتعة بضم الميم وحكي كسرها مشتقة من المتاع وهو ما يستمتع به. والمراد بها في اصطلاح الفقهاء: "مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه"، وقيل: "هي مال يعطى للمطلقة لتنتفع به مدة عدتها". المصباح ٥٦٢/٢، مفردات الراغب ص: ٤٦١، مغني المحتاج ٢٤١/٣. واتفق الفقهاء على أنها غير مقدرة ولا محدودة ولا معلوم مبلغها ولا معروف قدرها معرفة وجوب لا يتجاوزه، بل هي على الموسع بقدره وعلى المقتر أيضاً بقدره =

للمطلقة؛ جبراً لخاطرها، حيث قال عز وجل: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾(١).

قالوا: وهي لا تتقيد بمقدار لازم، بل تختلف باختلاف العرف والزمن، فلا مانع أن ينحى بها هذا المنحى ما دام أن لها أصلاً في الشرع (٢).

ولبيان الحق في هذه المسألة أقول وبالله التوفيق : الأصل كما أسلفت: أن الطلاق ملك للزوج خاصة، فهو الذي له الحق والاختيار أن يبقي زوجه في عصمته أو يفارقها، والشارع الحكيم حين خول للقاضي صلاحية التطليق على الزوج إذا دعت الحاجة لذلك كان المقصود منه دفع الضرر اللاحق بالزوجة من زوجها، وذلك بتطليقها عليه لا بإبقائها في عصمته، فإن هذا حكم آخر ليس عليه دليل، أعني أنه ليس في الشرع ما يدل على أن حكم القاضي يرفع الطلاق بعد صدوره صحيحاً من

= متاعاً بالمعروف كما قال الله عز وجل، وإنما اختلفوا في وجوبها وهل تجب على كل مطلق أو على بعض المطلقين. انظر: أحكام القرآن للجصاص ١٣٥/٢، الاستذكار ١١٨/٦، المحلى ٢٤٥/١٠، أحكام القرآن لابن العربي ٢٨٩-٢٩٢، مغني المحتاج ٢٤١/٣، المغني ١٨٣/٧.

(١) سورة البقرة، آية: ٢٣٦.

(٢) انظر: المرأة بين الفقه والقانون ص: ١٤٥-١٤٦، شرح قانون الأحوال الشخصية ص: ٧٤٠.

مالكه، بل الطلاق يقع بمجرد لفظه بحروفه، أو بما يقوم مقامها متى صدر على شرطه، وهذه الأنظمة ترى أن القاضي إذا بدا له أن لا يمضي الطلاق كان له ذلك، وهذا فيه مخالفة بينة للشرع من وجهين:

أحدهما: أن الواجب عليه شرعاً أن يفصل بينهما لتطليق الزوج لا أن يبقيها في عصمته، والحكم ببقائها في عصمته مراغمة بينة للشرع.

الثاني: أن هذا يفضي في حال كان الطلاق بائناً إلى بقاء المطلقة تحت مطلقها وهي أجنبية عنه، وهذا محرم شرعاً، وإذا مسها فهما زانيان في نظر الشرع إلا أن يكونا جاهلين.

وإذا كان التعسف في الطلاق مرضاً فعلاجه ليس فيما يناقض الشرع ويبطل حكمه، بل علاجه من الشرع نفسه، ونحن نعلم أن الشرع الحكيم قد أقام من الأسباب ما يمنع من الطلاق ويحول دون وقوعه إلا إذا تمحض مصلحة، ويتجلى ذلك في أمور:

أحدها: التنفير عنه بأنه مبغوض إلى الله كما روي بذلك حديث: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق" (١)، وهذا الحديث وإن لم يصح بلفظه إلا

(١) أخرجه من حديث ابن عمر: أبو داود في سننه: كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق (٢/٢٥٥ح ٢١٧٨) وابن ماجه في السنن: كتاب الطلاق، (١/٦٥٠ح ٢٠١٨) والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٣٢٢) وأعل بالإرسال كما قال ابن حجر في (الفتح ٩/٣٥٦) وصحح الحاكم في (المستدرك ٢/٢١٤) حديثاً بمعناه، وهو قوله ﷺ: "ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق".

أن معناه صحيح كما يدل لذلك قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ (١).

فهذا أمر للأزواج بعشرة نسائهم بالمعروف، ومن المعروف: أن يوفيها حقها من المهر والنفقة والقسم، وترك أذاها بالكلام الغليظ والإعراضِ عنها والميلِ إلى غيرها، وترك العبوس والقطوب في وجهها بغير ذنب، ودل قوله سبحانه ﴿فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ...﴾ على أن الزوج مندوب إلى إمساك زوجه مع كراهته لها (٢).

قال الإمام ابن تيمية -رحمه الله-: "والطلاق في الأصل مما يبغضه الله، وهو أبغض الحلال إلى الله، وإنما أباح منه ما يحتاج إليه الناس كما تباح المحرمات للحاجة، فلهذا حرمها بعد الطلقة الثالثة حتى تنكح زوجاً غيره؛ عقوبة له لينتهي الإنسان عن إكثار الطلاق" (٣).

الأمر الثاني: أن الطلاق تلزم عليه لوازم مكلفة للزوج من دفع تمام المهر، والمتعة عند من يقول بوجوبها، والاستقلال بكفالة أولاده والنفقة عليهم، هذا مع أنه ربما كان سبباً في بغض أولاده له وخروجهم عن رعايته وتربيته، ولا يخفى ما في جميع ذلك من المشاق والمفاسد، ومع وجودها لا يقدم على الطلاق إلا حيث يكون علاجاً لا هزلاً ولعباً.

---

(١) سورة النساء، آية: ١٩.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٤٧/٣، أحكام القرآن لابن العربي ٤٦٩/١.

(٣) مجموع الفتاوى ٢١/٣٣.

الأمر الثالث: أنه إذا لم يكن بد من الطلاق، فقد راعت الشريعة فيه أن يكون طلاقاً سنياً، وهو أن يكون مرة واحدة في وقت معين -وهو الطهر الذي لم يمسها فيه-، وأن يصدر على فترات متباعدة [1]، وهذا تضييق قصد منه التقليل من فرص الطلاق، ولعل الزوج أن يندم فتكون له فرصة لمراجعة امرأته، ومن هنا ضعف القول بوقوع طلاق الثلاث جملة؛ فإن من أوقعه رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة كما قال أبو الوليد بن رشد -رحمه الله- [2].

وأما فرض بدل مالي على الزوج إذا طلق امرأته تعسفاً: فيجوز أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد؛ زجراً عن الاسترسال في الطلاق لغير سبب، ولكن لا بد أن يقيد بالمعروف، وليس من المعروف أن يلزم بنفقتها حتى تتزوج أو تلقى ربها، فإن هذا ظلم يأباه الشرع وتستنكره الفطرة، وذلك أن النفقة في الأصل إنما تجب بالزوجية لمكان الاستمتاع والقوامة، ولذلك قرر الفقهاء أنه ليس عليه دفع نفقة زوجته إذا كان مثلها لا يوطأ، أو منع منها بغير عذر[3]، والمرأة المطلقة بخروجها من عدتها تخرج من عصمة زوجها، فلا يقوم بها معنى يوجب استمرار النفقة.

---

(١) انظر: المغني ٢٧٨/٧.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٤٧/٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٦/٤-١٨، مواهب الجليل ١٨١/٤-١٨٨، مغني المحتاج ٢٥٢/٣، المغني ١٩٩/٧، ١٨٩/٨.

وأما المتعة التي ندب إليها الشرع: فليس ذلك لمكان النفقة حتى يتأيد بها هذا القانون ، بل المقصود منها جبر خاطر المطلقة؛ لما يلحقها من الأذى بالفراق، فيفارقها بإحسان كما أمر أن يمسكها بإحسان.

ثم مثل هذا يؤدي إلى أن يَضارَّ الرجل بزوجه، ويَعضُلَها حتى تفتديَ منه نفسَها، أو تطلب فراقه بغير عوض، ولا بد - في ظل هذا القانون - أن يقدم الأزواج على مثل هذه الحيلة ليتخلصوا من تبعات النفقة، ولكن إذا قيد ذلك بسنة واحدة سهل على الزوج، وحصل به الزجر، وأحسب أن الذين يدعون للإنفاق على المطلقة حتى تتزوج أو تموت يريدون بذلك كفالة المطلقة وحفظ كرامتها أن تخدش بتكفف الناس، وهذا ليس بشيء؛ لأن المرأة تجب نفقتها على وليها أو ولدها إن وجد، وإلا فكفالتها من بيت مال المسلمين، وقد تيسر لها في هذا الزمن من سبل العيش الحلال ما لم يتيسر لكثير من الرجال، فلا معنى لهذه الضريبة.



المبحث الثاني

ما قوي مدركه من مسائل الاجتهاد يراعى فيه الخلاف [(١)]

تعد هذه القاعدة من أهم القواعد الفقهية التي تضبط الخلاف وتحكم مسائله على نحو تحفظ به مدارك الأحكام ومحصلات الأذهان، وبها يستعصم المجتهد -إبان نظره في مثارات الخلاف ومسائله- أن يقع في أودية المعطلين لاجتهادات الأئمة التي كان لها مساغ في الشرع، ولا تبدو خارجة عنه بالكلية.

وإنه لمن الجلي البين: أن أولى الناس بإعمال هذه القاعدة والاعتناء بها هم القضاة؛ ذلك أنهم مؤتمنون على الحكم بين الناس بالعدل الذي أنزله الله والميزان الذي وضعه، ومعلوم بما تقرر في جملة هذا البحث أن ذلك لا يتم لهم إلا إذا وسعوا من مداركهم، ونظروا في اجتهادات الأئمة ومراميهم في تلك الاجتهادات، وهذا يقتضي خلع ربقة التقليد، والقصد إلى إصابة الحق والعدل أنى كان مصدره وطريقه إذا كان ذلك في إطار الشرع وحدوده، وهذا مبني على أن العدل الذي هو المقصود الأعظم من

---

(١) القاعدة بهذه الصيغة من تصرف الباحث، وهي صيغة موافقة من حيث المضمون لما نص عليه الفقهاء بهذا الصدد، وتجد القاعدة والكلام على مضمونها في: الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/١١، قواعد المقري ١/٢٣٦، الموافقات ٥/١٠٦، ١٨٤، المنثور ٢/١٢٧، إيضاح المسالك ص: ٦٨، حاشية ابن عابدين ١/١٤٧.

هذه الولايةلا ينحصر في مذهب أو إمام واحد؛ فإن العصمة إنما تثبت لجميع الأمة لا لواحد منها، وهذه المذاهب الفقهية ليست شرعاً ملزماً حتى لا يجوز خرقها، بل هي في جملتها اجتهادات تقبل الأخذ والرد، "وما من مسألة تفرض إلا والمقلد يجوز أن يكون إمامه زالاً في معانيها، ويظهر الحق مع مخالفه فيها" (١).

و المجتهد المبرز والقاضي الأمين لا يلتزم أحدهما قولاً - فضلا عن جملة المذهب- إلا إذا شهد له الدليل، وانقدح في نفسه صدقه، أما أن يلتزمه لهيبة المذهب، أو لغير ذلك من الأغراض حتى لو رأى خلافه، فهذا لا يحصل منهما؛ إذ هو عين الهوى والجور.

وإذا تأملت عامة الخصومات التي ترد على القضاء ألفيتها مما لا يمكن البت فيه على وجه صائب إلا بتجريد النظر عن حدود التمذهب والتقليد التي تحجب القاضي عن إصابة الحق في كل نازلة وقضية بل في جملتها؛ وهذا يعود في الأساس إلى ما يحتف بالقضايا من أمور تستدعي مثل هذا الاجتهاد، وقد سبق بسط ذلك فلا حاجة لتكراره.

وفيما يلي بيان مفاد هذه القاعدة ومنزلتها في الأصول، وذلك من خلال المطالب التالية:

---

(١) الغياثي ص: ٢٩٦.

المطلب الأول
شرح القاعدة وبيان معناها

حاصل هذه القاعدة: أن الخلاف الفقهي متى قوي مستنده ودليله بوجه من وجوه القوة مثل أن يكون صحيحاً في موضوعه، ولا معارض له من جنسه، أو يكون دون ذلك ولكن شهد له أصل بالاعتبار كأن يكون أوفق لمقصود الشرع من غيره، أو تتقى به مفسدة أعظم من المفسدة المترتبة على الأخذ به، فإنه في هذه الحال يراعى أي: يعتبر، وذلك إما بالأخذ به كلية أو ببعض لوازمه، وقد سبق بسط ذلك بأوفر من هذا في مبحث (مراعاة الخلاف) فلا حاجة هنا للإطناب فيه.

المطلب الثاني
أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم

سبق عند الحديث عن مراعاة الخلاف في سياق مسالك الاجتهاد القضائي بيان أن مراعاة الخلاف إذا نظر إليه كأصل يعتمد في الاجتهاد والنظر على غرار ما تعتمد بقية الأصول والقواعد فلا يأخذ به على هذا الوجه إلا المالكية، وقد قال أبو العباس القبّاب -رحمه الله-: "اعلم أن مراعاة الخلاف من محاسن هذا المذهب، فيقول ابتداء بالدليل الذي يراه أرجح، ثم إذا وقع العمل على مقتضى الدليل الآخر راعى ما لهذا الدليل من القوة" [1].

---

(١) المعيار المعرب ٣٨٨/٦، وانظر: البيان والتحصيل ٤١٩/٣، قواعد المقري ٢٣٦/١.

واختصاص المالكية بهذا الأصل إنما هو على هذا الوجه، وأما إذا اعتبرا طريقاً ومنهجاً يعتمده المجتهد في بعض الحالات الحرجة التي تحوجه إلى تجديد النظر في مسائل الاجتهاد فهو عند التحقيق واقع في المذاهب كلها كما نص على ذلك المحققون من أهل العلم رحمهم الله.

فقد ذكر ابن عابدين : أن مراعاة الخلاف مما يندب إليه، وأن العمل به مطلوب [١]، ونص في موضع آخر على جواز العمل والإفتاء بالضعيف إذا دعت إليه ضرورة [٢].

ويقول العز بن عبد السلام: "وإن تقاربت الأدلة في سائر الخلاف بحيث لا يبعد قول المخالف كل البعد، فهذا مما يستحب الخروج من الخلاف فيه؛ حذراً من كون الصواب مع الخصم" [٣].

وقال الزركشي: "المجتهد إذا كان يجوز خلاف ما غلب على ظنه، ونظر في متمسك مخالفه فرأى له موقعاً، فينبغي له أن يراعيه على وجه، وكذا الخلاف بين المجتهدين إذا كان أحدهم إماماً؛ لما في المخالفة من الخروج على الأئمة" [٤].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ١/١٣٣، ١٤٧.

(٢) انظر: عقود رسم المفتي ضمن مجموع رسائل ابن عابدين ١/٥٠، وحاشية ابن عابدين ٤/٩٥.

(٣) قواعد الأحكام ١/٢١٦.

(٤) المنثور ٢/١٢٨، وانظر له أيضاً: البحر المحيط ٦/٢٦٥.

وقال أبو المظفر يحيى بن هبيرة [١] الحنبلي: "كل من هذه المذاهب إذا أخذ به آخذ ساغ له ذلك، فإن خرج من الخلاف فأخذ بالأحوط كان هو الأولى" [٢].

وقال أيضاً: "إذا عمل القاضي في أقضيته بما يأخذه من هذه المذاهب أو أحدها فله ذلك، وإذا خرج من خلافهم متوخياً مواطن الاتفاق ما أمكنه كان آخذاً بالحزم عاملاً بالأولى، وكذلك إذا قصد في مواطن الخلاف توخي ما عليه الأكثر منهم والعمل بما قاله الجمهور دون الواحد منهم فقد أخذ بالحزم والأحوط، وإن كان إنما يحكم بمذهبه لمجرد كونه تمرس فيه ونشأ عليه حتى إذا حضر عنده خصمان، وكان ما تشاجرا فيه مما يفتي الفقهاء الثلاثة فيه بحكم واحد فعدل عما اتفقوا عليه؛ متابعة

---

(١) يحيى بن محمد بن هبيرة بن سعيد الشيباني أبو المظفر، وزير المقتفي وابنه، من أعيان الحنابلة، وأحد المبرزين في العلم والعدالة والورع، قال عنه الذهبي: "الوزير الكامل، الإمام العالم العادل، سمع الحديث، وتلا بالسبع، وشارك في علوم الإسلام، ومهر في اللغة، وكان يعرف المذهب والعربية والعروض سلفياً أثرياً، باراً بالعلماء مكباً مع أعباء الوزارة على العلم وتدوينه، كبير الشأن، حسنة الزمان" من آثاره: (الإفصاح عن معاني الصحاح) (اختصار منطق ابن السكيت) توفي سنة ٥٦٠هـ.

انظر ترجمته في: وفيات الأعيان ٦/٢٣٠، سير أعلام النبلاء ٢٠/٤٢٦، شذرات الذهب ٤/١٩١.

(٢) المسودة ص: ٤٨٢.

لمذهبه من غير أن يكون له عليه دليل ولا أداه إليه اجتهاده فإني أخاف على مثل هذا أن يكون ممن اتبع هواه، وأنه لا يكون ممن يستمعون القول فيتبعون أحسنه" [١].

فهذه نقول من سائر المذاهب الأربعة تؤكد صحة هذه الدعوى، وهي وإن كان غالبها في مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل- وهو المصطلح عليه بالخروج من الخلاف- إلا أنه يصدق على نظر القاضي واجتهاده أيضاً؛ لأن مراعاته للخلاف يراد بها ما يراد بالخروج من الخلاف، وهو تبرئة الذمة، والأخذ بالأحوط، ودفع مفسدة دنيا لمفسدة عليا، وهذه المعاني تظهر بأدنى تأمل في فروع هذه القاعدة.

ومن هنا يتراءى ضعف الخلاف في جعل هذه القاعدة أصلاً يعتمد في الأحكام سيما في القضاء ؛ فإنه أحوج ما يكون إلى تحقيق هذه المعاني وتحصيلها، ومن يخالف في هذا فلا جرم أن يتذرع إلى تحقيق هذه المعاني بأصول أخر كالاستحسان والاحتياط، وقد عد الإمام الشاطبي مراعاة الخلاف نوعاً من أنواع الاستحسان، وجرى على ذلك بعض المالكية في كتبهم [٢]، وقد سبقت حكاية الخلاف في هذا الأصل وأدلته فلا حاجة لتكراره [٣].

---

(١) المسودة بتصرف ص: ٤٨١.

(٢) انظر: الاعتصام ٣/١٤٥، البيان والتحصيل ١/٢٤٠، ٣٩٦.

(٣) راجع مبحث: "مراعاة الخلاف" ص: (٢٧٢).

المطلب الثالث
أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة

لا يختلف الفقهاء أن الخلاف الفقهي إذا قوي مدركه فهو معتبر على الوجه الذي سبق تفصيله وبيانه، إلا أنه قد وقع بينهم خلاف في بعض فروع هذا الأصل من جهة اختلافهم في مدركه هل هو مما يصلح أن يراعى أم لا يصلح، ومن جهة اختلافهم في كيفية المراعاة ووجهها، وقد رأيت أن أذكر هنا أشهر ما يذكرونه من الأمثلة، وهي كافية -بإذن الله- لتُجعل كالمقياس لغيرها من الفروع:

١- قضاء القاضي بعلمه:

المراد بعلم القاضي هنا: ظنه المؤكد الذي يجوز له الشهادة مستنداً إليه، ومتعلقه: واقع الدعوى، وأسباب ثبوها أو نفيها (١).

وقد وقع اتفاق الفقهاء في هذا الصدد على أمور أجملها فيما يلي :

١- اتفقوا على أنه إذا ثبت لدى القاضي بينة تعارض ما يعلمه عن موضوع الدعوى أنه لا يقضي بها، ولا يحكم بخلاف علمه، وهذا كما لو علم جزماً أن زيداً هو القاتل لعمرو، ثم أثبتت البينة خلاف علمه، فليس له أن يحكم بها (٢).

---

(١) انظر: نهاية المحتاج ٢٥٩/٨، نظام القضاء لزيدان ص: ٢٠٩.

(٢) ممن حكى الإجماع في هذه المسألة: ابن عبد البر في (الاستذكار ٩٣/٧) ، =

٢- واتفقوا أن له أن يحكم بعلمه في جرح الشهود وتعديلهم [١]، فيقبل شهادة من يعلم عدالته منهم ويرد غيرها دفعاً للتسلسل، وذلك أنه إذا لم يعمل بعلمه فيهم احتاج كل واحد منهم إلى مزكين، ثم يحتاج أولئك المزكون إلى مزكين آخرين فيتسلسل الأمر، وفي ذلك ضيق وعنت [٢].

٣- واتفق جمهورهم على أنه يجوز حكمه بعلمه فيما علمه بعد الشروع في المحاكمة أثناء جلوسه للحكم من البينات والأقارير [٣].

= وابن رشد في (بداية المجتهد ٣٥١/٢)، وابن أبي الدم في (أدب القضاء ص ١٥٧).

(١) انظر: الاستذكار ٩٣/٧، بداية المجتهد ٣٥١/٥، أدب القضاء ص ١٥٧، مغني المحتاج ٤/ ٣٩٨، المغني ١٠٣/١٠، المحلى ٤٢٩/٩، الطرق الحكمية ص: ٢٨٤ طبعة المدني بتحقيق محمد جمال غازي.

(٢) انظر: الفروق ٩١/٤، المغني ١٠٣/١٠.

(٣) قال ابن عبد البر: "اجتمع السلف وجمهورهم على أن ما اقر به المقر عند القاضي وهو قاض يومئذ انه يقضي به...وهو قول جمهور الفقهاء ومنهم الكوفيون والشافعيون". الاستذكار ٩٢/٧، ٩٥. وانظر: بدائع الصنائع ٥٢/٧، مغني المحتاج ٣٩٨/٤.

وفي هذه المسألة خلاف لبعض المالكية والحنابلة: قال ابن فرحون في تبصرته: "واختلف في حكمه بما أقر به الخصمان بين يديه ، فقال مالك وابن القاسم : لا يحكم بعلمه في ذلك.

وقال ابن عبد الملك يحكم، وعليه قضاة المدينة، ولا أعلم أن مالكاً قال غيره، وبه قال مطرف وسحنون وأصبغ، والأول هو المشهور . =

٤- واتفق جمهورهم أيضاً على عدم جواز حكمه بعلمه فيما تعلق بحقوق الله الخالصة مثل الزنا والحرابة وشرب الخمر؛ لأن حقوق الله مبنية على العفو والمسامحة [1].

= وقد قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن المازري في مسألة قول ابن القاسم أصح؛ لفساد الزمان ، ولو أدرك عبد الملك وسحنون زماننا لرجعا عما قالاه، ولو أخذ بقولهما لذهبت أموال الناس وحكم عليهم بما لم يقروا به". تبصرة الحكام ٢/٤٨-٤٩.

واشترط بعض الحنابلة أن يسمع ذلك معه شاهدان وإلا منع، واستحبه مالك ولم يوجبه، على ما نقله عنه ابن عبد البر. ينظر في ذلك: الاستذكار ٩٢/٧. المغني ١٠٣/١٠.

(١) خالف في هذه المسألة الظاهرية حيث ذهبوا إلى أن الحكم بالعلم فرض على القاضي في جميع الحقوق والحدود. المحلى ٤٢٦/٩.

وأما سائر فقهاء الأمصار من أصحاب المذاهب الأربعة: فهم على المنع، هذا في الجملة مذهب المالكية والحنابلة والمختار عند الشافعية، وقال النووي: إنه المذهب، وأما الحنفية: فقد حقق ابن عابدين اتفاق المذهب على المنع في الحق الخالص لله تعالى، أما المشترك ففيه خلاف عن المتقدمين، والمختار عند المتأخرين المنع؛ لفساد قضاة الزمن، ولهم استثناءات من هذه الحقوق واستحسانات في بعضها. انظر في ذلك: المبسوط ١٠٤/١٦، حاشية ابن عابدين ٢٩٩/٥، ٤٣٨-٤٣٩، المدونة ١٤٨/١٢، روضة الطالبين ١٥٦/١١، مغني المحتاج ٣٩٨/٤، المغني ١٠٣/١٠.

واختلفوا فيما عدا هذه المسائل على ثلاثة أقوال:

القول الأول: المنع بإطلاق، فلا يجوز له أن يحكم بعلمه فيما عدا ما ذكر من صور الاتفاق، وهذا مذهب المالكية، والمعتمد عند الحنابلة، وقول عند الشافعية، وعليه الفتوى عند المتأخرين من الحنفية (١).

القول الثاني: جواز القضاء بعلم القاضي في جميع اختصاصاته، وهذا مذهب أهل الظاهر، وقول لبعض أصحاب أبي حنيفة، وهو المختار عند الشافعية فيما عدا حقوق الله الخالصة، ورواية عند الحنابلة (٢).

القول الثالث: لأبي حنيفة النعمان، وهو جواز القضاء بعلمه إذا توفرت الشروط التالية:

١- أن يكون القاضي قد اكتسب علمه بعد توليته منصب القضاء، فلو تولى وعزل، ثم تولى ثانية لم يكن له أن يقضي بعلمه ذلك؛ لأن العزل يهدمه.

٢- أن يكون ظرف العلم ومتعلقه في المصر الذي تولى فيه القضاء، ولا يقضي في مصره بعلم اكتسبه في غيره.

---

(١) انظر: روضة القضاة ٣١٥/١، حاشية ابن عابدين ٤٣٨/٥، المدونة ١٤٨/١٢، تبصرة الحكام ٤٧/٢، أدب القضاء ص: ٤٠١، مغني المحتاج ٣٩٨/٤، المغني ١٠٣/١٠، الطرق الحكمية ص: ٢٨١ ط: المدني.

(٢) انظر مع المراجع السابقة: شرح أدب القاضي للشهيد ٩٤/٣، الفواكه البدرية ص: ٨٣، روضة الطالبين ١٥٦/١١، الطرق الحكمية ص: ٢٨١، المحلى ٤٢٦/٩.

٣- أن يكون القضاء بالعلم خاصاً بحقوق الآدميين من قرض أو بيع أو غصب أو تطليق أو قتل عمد أو حد قذف ونحو ذلك، وليس له أن يقضي في حق الله الخالص مثل سائر الحدود، إلا أنه يعزر بعلمه من ظهرت عليه أمارة السكر تعزيراً دون الحد (١).

أدلة المانعين من القضاء بعلم القاضي:

١- قول النبي ﷺ: "إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار" (٢).

قالوا: فدل هذا الحديث على أن القضاء إنما يكون بالمسموع لا بالمعلوم (٣).

---

(١) وقد خالف أبا حنيفة في هذه المسألة صاحباه أبو يوسف ومحمد بن الحسن، فقالا بجواز قضائه بعلمه دون الشرطين الأولين، وقد نُقل رجوع محمد إلى أقوال غير هذا، والمذهب عند المتأخرين على المنع من القضاء بعلمه بإطلاق لفساد الذمم. ينظر: المبسوط ١٢٤/٩، ١٠٤/١٦-١٠٧، شرح أدب القاضي للشهيد ٩٤/٣، الفواكه البدرية ص: ١٥٤، حاشية ابن عابدين ٤٣٨/٥.

(٢) أخرجه عن أم سلمة : البخاري في صحيحه -واللفظ له-، كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم (٢٦٢٢/٦ح ٦٧٤٨) ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة (١٣٣٧/٣ح ١٧١٣) .

(٣) انظر: المغني ١٠٢/١٠، الفروق ٨٥/٤ .

٢- قوله ﷺ للمدعي: "بينتك أو يمينه، ليس لك إلا ذلك" [(١)] .

فدل على أن طرق الإثبات محصورة في البينة، والعلم ليس منها؛ لأن البينة اسم لما يبين الحق بحيث يظهر المحق من المبطل ويبين ذلك للناس، وهذا المعنى غير موجود في العلم [(٢)].

٣- حديث عائشة - رضي الله عنها -: "أن النبي ﷺ بعث أبا جهم بن حذيفة [(٣)] مصدقاً، فلاجَّه رجل في صدقته، فضربه أبو جهم فشجه، فأتوا النبي ﷺ فقالوا: القَوَد يا رسول الله، فقال النبي ﷺ : لكم كذا وكذا، فلم يرضوا، فقال: لكم كذا وكذا فلم يرضوا، فقال: لكم كذا وكذا فرضوا، فقال النبي ﷺ: إني خاطب العشية على الناس

---

(١) جزء من حديث طويل أخرجه عن وائل بن حجر: مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة (١/١٢٣ح ١٣٩) .

(٢) انظر: المغني ١٠/١٠٢، الفروق ٤/٨٥، الطرق الحكمية ص: ١٩٨.

(٣) أبو جهم بن حذيفة بن غانم بن عامر بن كعب القرشي العدوي، اسمه عامر بن حذيفة، وقيل عبيد الله بن حذيفة، أسلم عام الفتح، وصحب النبي ﷺ ، وكان مقدماً في قريش معظماً، وكانت فيه وفي بنيه شدة وعزامة. قال الزبير: "كان أبو جهم بن حذيفة من مشيخة قريش عالماً بالنسب، وهو أحد الأربعة الذين كانت قريش تأخذ منهم علم النسب، وكان من المعمرين من قريش، حضر بناء الكعبة مرتين، مرة في الجاهلية حين بنتها قريش، ومرة حين بناها ابن الزبير"، وهو أحد الأربعة الذين دفنوا عثمان بن عفان. توفي في أوائل خلافة ابن الزبير. انظر ترجمته في: الاستيعاب ٤/١٦٢٣، الإصابة ٧/٧١ .

ومخبرهم برضاكم، فقالوا: نعم، فخطب رسول الله ﷺ فقال: إن هؤلاء الليثيين أتوني يريدون القَوَد، فعرَضتُ عليهم كذا وكذا فرضوا، أرضيتم ؟، قالوا لا، فهَمّ المهاجرون بهم، فأمرهم ﷺ أن يكفوا عنهم فكفوا، ثم دعاهم فزادهم، فقال: أرضيتم ؟، فقالوا: نعم، قال: إني خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم، قالوا نعم: فخطب النبي ﷺ فقال: أرضيتم؟، قالوا نعم" [(١)].

قال أصحاب هذا الرأي: وهذا نص في تحريم القضاء بالعلم؛ لأن النبي ﷺ كان عالماً برضاهم، ولم يقض لهم به [(٢)].

قال أبو عمر بن عبد البر: "وهذا معظم ما يحتج به من لم ير للقاضي أن يقضي بعلمه" [(٣)].

---

(١) أخرجه أحمد في (المسند ٦/٢٣٢) وأبو داود في السنن: كتاب الديات، باب العامل يصاب على يديه خطأ، (٤/١٨١ح ٤٥٣٤) والنسائي في السنن: كتاب القسامة، باب السلطان يصاب على يديه، (٤/٢٢٨ح ٦٩٨٠) وعبد الرزاق في (المصنف ٩/٤٤٣) وابن أبي شيبة في (المصنف ٤/٤٥٦)، والبيهقي في (السنن ٨/٤٩) وقال الشيخ الألباني: "رجاله رجال الصحيح". (إرواء الغليل ٦/٣٦٦).

(٢) انظر: المغني ١٠/١٠٢، الفروق ٤/٨٥، الطرق الحكمية ص: ١٩٨.

(٣) الاستذكار ٧/٩٣.

أدلة المجيزين للقضاء بعلم القاضي:

١- قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ﴾ [(١)].

قالوا: "وليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه، وأن يكون الفاسق يعلن الكفر بحضرة الحاكم ويقر بالظلم والطلاق ثم يكون الحاكم يقره مع المرأة، ويحكم لها بالزوجية والميراث فيظلم أهل الميراث حقهم"[(٢)].

٢- حديث عائشة -رضي الله عنها- "أن هنداً قالت للنبي ﷺ: إن أبا سفيان رجل شحيح، فأحتاج أن آخذ من ماله، قال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" [(٣)].

فيستفاد من الحديث أن النبي ﷺ حكم لهند أن تأخذ كفايتها وكفاية بنيها، ولم يسألها البينة، ولا أحضر شاهداً لقولها [(٤)].

٣- حديث سعد بن الأطول ﷺ [(٥)] "أن أخاه مات، وترك ثلاثمائة

---

(١) سورة النساء، آية: ١٣٥.

(٢) المحلى ٤٢٩/٩، وانظر: الاستذكار٩٤/٧.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه واللفظ له: كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب، (٢٦٢٦/٦ ح ٦٧٥٨) ومسلم في صحيحه: كتاب الأقضية، باب قضية هند، (١٣٣٨/٣ح ١٧١٤).

(٤) الاستذكار٩٤/٧،بداية المجتهد ٣٥٢/٢، الطرق الحكمية ص: ١٩٦، فتح الباري ١٣٩/١٣-١٤٠.

(٥) سعد بن الأطول بن عبيد الله، ويقال: ابن عبد الله بن خالد بن واهب الجهني، =

درهم، وترك عيالاً، قال سعد: فأردت أن أنفقها على عياله، فقال النبي ﷺ: إن أخاك محتبَس بدينه فاقض عنه، فقال: يا رسول الله قد أديت عنه إلا دينارين ادعتهما امرأة، وليس لها بينة، قال: فأعطها فإنها محقة" [١].

وهذا من أصرح ما يستدل به في هذا الباب؛ فإنه جلي في معناه [٢].

وأما مذهب أبي حنيفة: فاستدل له بالمعقول، وهو أن الحاكم بشيء من حقوق العباد في زمن ولايته ومحله يجوز قضاؤه بعلمه؛ لأن علمه كشهادة الشاهدين بل أولى؛ لأن اليقين حاصل بما علمه بالمعاينة أو السماع، والحاصل بالشهادة غلبة الظن، وأما ما علمه قبل ولايته أو في غير محل ولايته فلا يقضى به؛ لأنه في غير مصره وغير ولايته شاهد لا حاكم وشهادة الفرد لا تقبل، وصار كما إذا علم بالبينة العادلة ثم ولى القضاء فإنه لا يعمل بها [٣].

= أبو مطرف، ويقال: أبو قضاعة، له صحبة ورواية، وله أخ يسمى يسار بن الأطول، مات على عهد النبي ﷺ. انظر ترجمته في الاستيعاب ٥٨٢/٢، الإصابة في معرفة الصحابة ٤٧/٣ .

(١) أخرجه أحمد في (المسند ١٣٦/٤) وابن ماجه في السنن: كتاب الصدقات، باب أداء الدين عن الميت، (٨١٣/٢ح ٢٤٣٣) والبيهقي في (السنن١٤٢/١٠) وصححه المحققون، انظر: (الاستذكار ١٠١/٥) (إرواء الغليل ١٠٩/٦) .

(٢) انظر: التمهيد ٢٣٨/٢٣، الطرق الحكمية ص: ١٩٧.

(٣) المبسوط ١٠٥/١٦، البدائع ٧/٧، الاختيار ٨٨/٢، الطرق الحكمية ص ١٩٥.

قالوا: "وإنما منع من القضاء بعلمه في الحدود الخالصة؛ لأن الحدود يحتاط في درئها، وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه، ولأن الحجة في وضع الشيء هي البينة التي تتكلم بها، ومعنى البينة وإن وجد فقد فاتت صورتها، وفوات الصورة يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، بخلاف القصاص فإنه حق العبد، وحقوق العباد لا يحتاط في إسقاطها، وكذا حد القذف؛ لأن فيه حق العبد وكلاهما لا يسقطان بشبهة فوات الصورة" (١).

وقد قال ابن عبد البر: "إن قول أبي حنيفة في القضاء بالعلم مأخوذ من اجتماع السلف وجمهورهم على أن ما اقر به المقر عند القاضي وهو قاض يومئذ أنه يقضي به" (٢).

الموازنة والترجيح:

الناظر في الحجج التي تمسك بها المختلفون في هذه المسألة يتجلى له أن سبب هذا الخلاف هو انعدام نص صريح سيق لبيان الحكم في هذه المسألة، وجميع ما أوردوه من الحجج غير قاطع في الحكم، بل هي اجتهادات في نصوص ظنية الدلالة، وغالبها لم يسق لهذا الغرض، ولذلك لا يعوز المخالف أن يرد عليها ويتأولها:

فالذين يمنعون من القضاء بالعلم يردون على أدلة المخالفين بأنها لا

---

(١) بدائع الصنائع ٧/٧.

(٢) الاستذكار ٧/٩٥.

تَصدُق على موضع النزاع؛ وذلك أن الآية التي استُدل بها على الجواز لا تدل على أن القاضي يكون ظالماً إذا لم يحكم بعلمه ؛ لأنه معذور؛ إذ لم يأت المظلوم بحجة يحكم له بها، وقد كان الوحي يمكن أن يُطلِعَ النبي ﷺ على المحق من المبطل في الدعاوى، لكن ذلك ترك حتى لا يتذرع به قضاة السوء للحكم بالجور، على أن القضاء بالعلم لا يكون دائماً عدلاً، فقد يكون جوراً وظلماً ولذلك منعناه، فالآية على هذا أظهر في دلالتها على المنع من دلالتها على الجواز [١].

وحديث هند مثلاً - وهو أشهر ما يذكره المجيزون من الحجج - يرى المخالفون أنه فتوى محضة، وليس فيه ما يدل على أن قوله ﷺ لهند كان قضاء، وهذا تسنده الأصول المتفق عليها في باب الدعوى والقضاء من وجوب إحضار الخصم بين يدي القاضي ليجيب ويدفع عن نفسه، ومطالبة المدعي بالبينة، ومتى دار تصرف النبي ﷺ بين القضاء والفتيا فالفتيا أرجح؛ لأنه ﷺ رسول مبلغ وهو الغالب عليه، والتبليغ فتيا [٢].

وكذلك قوله ﷺ لسعد بن الأطول يحتمل هذا وهذا، والمخالف يقول: إن المنع من حكم الحاكم بعلمه إنما هو لموضع التهمة، وهي معلومة الانتفاء من سيد الحكام عليه الصلاة والسلام [٣].

---

(١) انظر: الذخيرة ١٠/٩٤، الطرق الحكمية ص: ١٩٨.

(٢) الإحكام للقرافي ص: ٩٩-١٢٠، الطرق الحكمية ص: ١٩٦، فتح الباري ١٣/١٤٠.

(٣) انظر: الطرق الحكمية ص: ١٩٧.

وكذلك الاعتراضات التي ذكرها المجيـــزون إذا تؤملـــت ظهـــرت وجاهتها أيضاً؛ فإنهم يرون أن قوله ﷺ " شاهداك أو يمينك ليس لك إلا ذلك" وما في معناه مما يدل على حصر طرق الإثبات في البينة أو خصوص ما يسمع لا يمنع ما عداه من طرق الإثبات أن يكون حجة؛ إذ التنصيص على شيء لا يمنع مما عداه، وليس فيه دليل على أنه ﷺ كان يعلم المحـــق من المبطل حتى يحكم بعلمه.

على أنه يمكن أن يقال: إن قوله ﷺ "فإنما أقضي له بنحو ما أسمع" أظهر في الجواز منه في المنع؛ فإن العلم أقوى من السماع؛ لأنـــه يمكـــن بطلان ما سمعه الإنسان، ولا يمكن بطلان ما يعلمه، ففحـــوى الخطـــاب يقتضي جواز القضاء بالعلم [١].

وهذا طرف من الردود أثبته هنا ليتضح وجه اخـــتلافهم في هـــذه المسألة، وهي ردود ومناقشات عريضة جدا، ومن كثرتها قال ابن عبـــد البر -رحمه الله- : "ولهم في هذا الباب منازعات أكثرها تشغيب" [٢].

ولكن الترجيح في مثل هذا لا بد منه، والذي يبدو لي والله أعلـــم: المنع من الحكم بعلم القاضي إلا أن تقوم البراهين على صدقه من اشتهاره بالديانة والأمانة والورع، وأما إذا جهلت فيه هذه الأحوال فيترجح المنع لموضع التهمة، وقد استقر في الأصول أن للتهمة تـــأثيراً في كـــثير مـــن

---

(١) انظر: نيل الأوطار ١٩٨/٩، ووسائل الإثبات ص: ٥٦٨.

(٢) الاستذكار ٩٤/٧.

الأحكام، مثل تأثيرها في باب الأقضية والشهادات والأقارير وطلاق المريض وغير ذلك، وفي هذا المنعِ أيضاً قطع الطريق أمام قضاة السوء ممن لا يرقبون الله في أحكامهم، ولا يعرفون لذي حق حقه؛ فإن مثل هؤلاء لو فتح لهم هذا الباب لتسلطوا على الناس بالظلم والقهر، ثم لا يعوز الواحد منهم أن يقول: قد علمتُ ما حكمتُ به [١].

وعلى هذا يحمل ما ورد في هذا الباب من الآثار الدالة على المنع من القضاء بالعلم، وقد قال الشافعي -رحمه الله-: "لولا قضاة السوء لقلت إن للحاكم أن يحكم بعلمه" [٢].

وهذا بخلاف من اشتهر بالديانة والورع، وكان مع ذلك عالماً بطرق القضاء ومسالكه، فمثله لا حرج أن يحكم بعلمه؛ فالورع يؤمننا من جوره وميله إلى الرشوة، وعلمه بالقضاء يؤمننا من أن يغلط في حكمه وفصله، وبذلك تنتفي عنه التهمة، ولا يكون لرد حكمه معنى إلا تضييع الحقوق وتفويتها على أهلها، وإلى هذا التفصيل جنح بعض الشافعية والحنفية، وهو الذي يقتضيه كلام محمد بن إسماعيل البخاري في صحيحه [٣].

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٣٥٢/٢، الطرق الحكمية ص: ١٩٩-٢٠٠، فتح الباري ١٦٠/١٣.

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ص: ٤٠١، وانظر: الأم ١١٣/٧.

(٣) انظر: المبسوط ١٠٧/١٦، قواعد الأحكام ٣٠/٢، فتح الباري ١٣٩/١٣.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

مقتضى القول بالمنع من القضاء بالعلم أنه ينقض متى حكم به القاضي، ولكن نص المالكية على مراعاة الخلاف في هذه المسألة، فأوجبوا عدم نقض ما حكم به الحاكم بعلمه؛ لقوة الخلاف فيه [١].

وهذا الذي يقتضيه كلام الأحناف، فإنهم نصوا على أن حكم القاضي في المسائل الاجتهادية لا يجوز نقضه، ولكن بعضهم يقول في مثل هذه المسألة مما يكون الخلاف فيه متعلقاً بنفس القضاء إن إبرام الحكم فيه يتوقف على إمضاء قاض آخر، وقد سبق بيانه [٢].

وهو مقتضى كلام الشافعية والحنابلة أيضاً، فقد قال الإمام الشافعي -رحمه الله- بعد ذكر الخلاف في القضاء بالعلم: "وإذا أنفذ ذلك وهو حاكم لم يكن للمحكوم عليه أن يتبعه بشيء منه إلا أن تقوم بينة بإقرار القاضي بالجور أو ما يدل على الجور فيكون متبعاً في ذلك" [٣].

وقال موفق الدين بن قدامة -رحمه الله-: "إذا تغير اجتهاد القاضي من غير أن يخالف نصاً ولا إجماعاً، أو خالف اجتهادُه اجتهادَ من قبلَه لم

---

(١) وهذا على رأي المحققين منهم، وهو مقتضى قول ابن القاسم: "لا يرجع فيما قضت فيه القضاة مما اختلف الناس فيه" ونص بعضهم على أنه ينقض. انظر: البيان والتحصيل ٩/٢٣٠-٢٣١، تبصرة الحكام ٢/٤٩، حاشية الدسوقي ٤/١٥٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/٥، ١٤، حاشية ابن عابدين ٤/٢٩٤.

(٣) الأم ٩/٢١٦. وانظر: المهذب ٢/٢٩٧، روضة الطالبين ١١/١٥٠-١٥٢.

ينقضه لمخالفته؛ لأن الصحابة ﷺ أجمعوا على ذلك" (١).

وهذا هو الذي تسكن إليه النفس متى سلم القاضي من التهمة؛ فإن نقضه له إن كان لخلل تبين في علمه فهو الخطأ الذي لا يقر عليه، وإن كان لجور فالفرض أنه غير جائر، وإن نقضه لكونه خلافَ مذهبه فنقضه له خلاف الإجماع؛ فإنهم أجمعوا على أن الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله، فكان قضاؤه الأول متفقاً على صحته، ولا اتفاق على صحة هذا الرأي الثاني، فلا يجوز نقض المجمع عليه بالمختلف فيه (٢).

٢- القضاء بالقيافة:

القِيافة في اللغة: مصدر قاف الأثر يقوفه ويقتافه إذا خبره ليعرفه، والقائف الذي يتعرف الآثار ويَعرف شَبه الرجل بأخيه وأبيه، وجمعه: قافة (٣).

وفي اصطلاح الفقهاء هي: "إلحاق الولد بنسبه عند الاشتباه بما نصبه الله تعالى من علم ذلك" (٤).

---

(١) انظر: المغني ١٠/١٠٣.

(٢) هذا اتفاق يصح من حيث الجملة، وهم يختلفون في بعض فروع هذا الباب من جهة اختلافهم هل ذلك الفرع مما يسوغ فيه الاجتهاد أم لا ؟ ومن يرى نقضه يقول بأن هذا خلاف شاذ لا اعتبار له. انظر: بدائع الصنائع ٧/٥، الفروق ٢/١٨٨، المنثور ١/٩٣، المغني ١٠/١٠٣.

(٣) انظر: تهذيب اللغة ٩/٢٤٩، لسان العرب ٩/١٩٣.

(٤) مغني المحتاج ٤/٤٨٨.

وقد اختلف الفقهاء -رحمهم الله- في مشروعية القيافة والقضاء بها في إثبات النسب عند الاشتباه، وذلك مخصوص بما إذا لم يكن لأحد المتداعيين فراش، مثل أن يكون الولد المتنازع عليه لقيطاً، أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراش مثل الأمة أو الحرة يطؤها رجلان في طهر واحد، فاختلفوا في القضاء بها على قولين:

القول الأول: أن القيافة علم صحيح يجب القضاء به في الأنساب والآثار، وهذا قول جمهور الفقهاء ، ومنهم الأئمة الثلاثة: مالك [(١)] والشافعي وأحمد، وبه يقول ابن حزم أيضاً [(٢)].

---

(١) المشهور عند المالكية: أنه لا يحكم بقول القائف إلا في أولاد الإماء من وطء السيدين في طهر واحد، وقيل يقبل في أولاد الحرائر والإماء، قاله ابن وهب، واختاره اللخمي، وهو أقيس. انظر: المدونة ٣٣٩/٨، الاستذكار ١٧٥/٧، تبصرة الحكام ١٠٠/٢.

(٢) استثنى أبو محمد بن حزم من هذا الحكم ما لو تداعى الولدَ رجلان فصاعداً، ولم تكن ثمة بينة ولا عُرِف لأيهما كان الفراش، فإنه في هذه الحال يقرع بينهما؛ وهو قضاء مروي عن علي رضي الله عنه رواه أحمد في (المسند ٣٧٣/٤) وأبو داود في السنن: كتاب الطلاق، باب من قال بالقرعة إذا تنازعوا في الولد (٢٨١/٢) والنسائي: كتاب الطلاق، باب القرعة إذا تنازعوا في الولد (٣٧٩/٣) وابن ماجه: كتاب الأحكام، باب القضاء بالقرعة، (٧٨٦/٢) وصححه ابن حزم في (المحلى ١٥٠/١٠) واستظهر ابن القيم في (الطرق الحكمية ص: ٢٣٤) ضعفه لشدة اضطرابه.

وانظر: الاستذكار ١٧٣/٧، الذخيرة ٣٠١/٤، بداية المجتهد ٢٦٩/٢، الأم ٢٤٦/٦، مغني المحتاج ٤٨٨/٤، المغني ٤٥/٦، المحلى ١٠/٩،٤٣٥/١٤٨-١٥١، الطرق الحكمية ص: ٢١٦.

القول الثاني: أن القيافة حدس وتخمين، ولا يصح الاعتماد عليها في شيء من الأحكام، وإنما العمل عند تساوي المدعين في الحجج أن يلحق الولد بهم جميعاً، وهو مذهب الحنفية [(١)].

أدلة القائلين بجواز العمل بالقيافة :

١- حديث عائشة -رضي الله عنها- قالت: "إن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل علي مسروراً تبرُق أسارير وجهه، فقال: ألم تري أن مجززاً نظر آنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض" [(٢)].

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ سُر بما أخبره به القائف من صحة التحاق أسامة من أبيه زيد إذ كان المشركون والمنافقون يقدحون في نسبه؛ لأنه كان أسود شديد السواد، وكان أبوه زيد أبيض، قالوا: ولا يقر النبي ﷺ أحداً على باطل فضلاً أن يسر به، فكان

---

(١) هذا القول هو المنقول عن الإمام أبي حنيفة: فعنده أن الجارية إذا كانت بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوا ولدها فهو ابنهم جميعاً ثابت نسبه منهم، والجارية أم ولد لهم عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: لا يثبت أكثر من اثنين، وقال محمد: لا يثبت أكثر من ثلاثة. انظر: شرح معاني الآثار ١٦٠/٤، المبسوط ٦٩/١٧-٧٠، بدائع الصنائع ٢٤٤/٦، فتح القدير ٥١/٥.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الفرائض، باب القائف (٢٤٨٦/٦ح ٦٣٨٨) ومسلم في صحيحه: كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد، (١٠٨١/٢ح ١٤٥٩) .

سروره ﷺ وإقراره دليلين على صحة الحكم بالقيافة [١].

٢- أن الحكم بالقيافة في حكم الإجماع، فقد روي القضاء بها عن جملة من الصحابة ﷺ كعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبي موسى الأشعري [٢]، ولا يعرف لهم من الصحابة مخالف، فإذن قد تأيد النص بالعمل، وهو أقوى ما يكون دلالة على الحكم المختلف فيه [٣].

٢- أن اعتبار الشَّبه والحكم به غير منكر في الشرع، وهو مستقر في أعراف الناس وعاداتهم، وقد سئل النبي ﷺ "أو تحتلم المرأة ؟، فقال ﷺ: تربت يداك فبم يشبهها ولدها؟" [٤].

قالوا: "فاعتبر النبي ﷺ الشبه في لحوق النسب، وهو بعينه معتمد القائف لا معتمد له سواه، ولا يقدح في ذلك امتناعه ﷺ عن إقامة الحد على الملاعنة؛ فإنما منع إعمال الشبه هناك لقيام مانع اللعان، ولهذا قال ﷺ:

(١) انظر: الأم ٦/٢٤٦، المغني ٦/٤٦، الفروق٣/٢١٧، إحكام الأحكام ٤/٧٢، فتح الباري ١٢/٥٧.

(٢) انظر الآثار في الحكم بالقيافة عن الصحابة في: الموطأ ٢/٧٣٩، مصنف عبد الرزاق ٦/٢٨٦، ٧/٣٥٩، سنن البيهقي ١٠/٢٦٣-٢٦٥، المحلى ١٠/١٤٩.

(٣) انظر: الاستذكار ٧/١٧٣، بداية المجتهد ٢/٢٦٩، المغني ٦/٤٦، الطرق الحكمية ص: ٢١٦.

(٤) أخرجه عن أم سلمة: البخاري في صحيحه: كتاب العلم، باب الحياء في العلم، (١/٦٠ ح ١٣٠) ومسلم في صحيحه: كتاب الحيض، باب وجوب الغسل على المرأة (١/٢٥٠ح ٣١٠) .

"لولا الأيمان لكان لي ولها شأن" (١)، فاللعان سبب أقوى من الشبه قاطع النسب، وحيث اعتبرنا الشبه في لحوق النسب فإنما ذلك إذا لم يقاومه سبب أقوى منه، ولهذا لا يعتبر مع الفراش، بل يحكم بالولد للفراش وإن كان الشبه لغير صاحبه" (٢) .

أدلة المانعين من العمل بالقيافة:

١- قوله ﷺ : "الولد للفِراش (٣)، وللعاهر الحجر" (٤).

قالوا: فهذا من قوله ﷺ يبين أن النسب إنما يكون باعتبار الفراش

---

(١) هو جزء من حديث رفعه ابن عباس وفيه: أن النبي ﷺ قال: "أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الإليتين خدَلَّج الساقين فهو لشريك بن سحماء، فجاءت به كذلك، فقال: النبي ﷺ: "لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن". أخرجه البخاري في صحيحه واللفظ له: كتاب التفسير، باب{ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين} (١٧٧٢/٤ح ٤٤٧٠) ومسلم في صحيحه: كتاب اللعان، (١١٣٤/٢ح ١٤٩٦) .

(٢) الطرق الحكمية ص: ٢٢١، وانظر: المغني ٤٦/٦، الفروق ٢١٩/٣.

(٣) المراد بالفراش في الحديث: الزوجة أو ملك اليمين، وهي كناية حسنة معهودة من الشرع، وقد نص الفقهاء على أن الزوجة تصير فراشاً للرجل بمجرد العقد، مع إمكان وطئها زماناً ومكاناً، وأما الأمة فلا بد من ثبوت وطئها من سيدها لأنها تراد لمنافع أخرى فاشترط فيها ذلك. فتح الباري ٣٤/١٢.

(٤) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب تفسير المشتبهات (٧٢٤/٢ح ١٩٤٧) صحيح مسلم: كتاب الرضاع، باب الولد للفراش (١٠٨٠/٢ح ١٤٥٧).

لا بحقيقة تخلق الولد من ماء أبيه؛ لأن ذلك يتعذر معرفته، ولا باعتبار الوطء؛ لأنه يخفى عن غير الواطئين، فأقام الشرع الفراش مقامه تيسيراً، ومتى عدم الفراش، وتساوى المدّعون في دعواهم جُعل الولد بينهما؛ والمعنى فيه: أهما استويا في سبب الاستحقاق - وهو الدعوى مع الملك، والمدعى قابل للاشتراك في ميراثه ونفقته وحضانته وتربيته - فيستويان في استحقاقه [1].

٢- ما روي أن شريحاً كتب إلى عمر بن الخطاب يستفتيه في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه، فكتب إليه عمر: "إهما لبَّسا فلُبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، هو ابنهما يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما" [2].

---

(١) انظر: المبسوط ١٧/٧٠-٧١، فتح القدير ٥/٥٢.

(٢) يلاحظ في هذا الأثر أن عمر ﷺ لم يدع في هذه الحادثة القافة لتحديد نسب المدعى، وهو نص فيما يذهب إليه الأحناف، وقد جرت عادهم بالاستدلال به في كتبهم، وروي مثل ذلك عن علي ﷺ:
أما أثر عمر: فلم أظفر به في كتاب من كتب التخريج والآثار التي اطلعت عليها، بل أكثر ما يروى عن عمر في هذا الباب يثبت أنه دعا بالقافة، فتارة يذكر في الرواية أنه قال للولد: "وال أيهما شئت"، أو "خذ بيد أيهما شئت"، وتارة أنه "جعله بينهما يرثهما ويرثانه"، وتارة أن "القافة ألحقته بأحدهما"، وقد عزا الزيلعي في (نصب الراية ٣/٢٩٨) رواية هذه الحادثة إلى البيهقي في (السنن الكبرى) لكن ليس فيها إسقاط القافة ولا ذكر لشريح، ولا هي بهذه الألفاظ، ونصها: "عن عمر ﷺ في رجلين وطئا جارية في طهر واحد، =

قالوا: وقد كان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير، فكان ذلك بمنزلة الإجماع [(١)].

٣- وأيدوا ذلك بما قرروه من أن الله تعالى شرع حكم اللعان بين الزوجين عند نفي النسب، ولم يأمر بالرجوع إلى قول القائف، فلو كان قوله حجة لأمر بالرجوع إليه عند الاشتباه، ولأن قول القائف رجم بالغيب، ودعوى لما استأثر الله عز وجل بعلمه وهو ما في الأرحام، ولا

= فجاءت بغلام، فارتفعا إلى عمر رضي الله عنه، فدعا له ثلاثة من القافة، فاجتمعوا على أنه قد أخذ الشبه منهما جميعاً، وكان عمر رضي الله عنه قائفاً يقوف، فقال: هو لهما يرثانه ويرثهما، وهو للباقي منهما". وجزم ابن جزم والبيهقي بأن الرواية عن عمر بالاشتراك في المدعى لا تصح، قال البيهقي "وفيها لو صحت دلالة مع ما تقدم على الحكم بالشبه والرجوع عند الاشتباه إلى قول القافة، فأما إلحاقه الولد بهما عند عدم القافة فالبصريون ينفردون به عن عمر رضي الله عنه، ورواية الحجازيين عن عمر رضي الله عنه على ما مضى، ورواية الحجازيين عنه أولى بالصحة". (سنن البيهقي ٢٦٤/١٠) (المحلى بالآثار ١٥١/١٠).

وأما أثر علي ﷺ: فقد أخرجه عبد الرزاق في (المصنف٣٥٩/٧) وابن أبي شيبة في (المصنف٢٨٦/٦) والطحاوي في (شرح مشكل الآثار ١٦٤/٤) البيهقي في (السنن ٢٦٨/١٠)، وقد ضعفه أيضاً؛ لجهالة في سنده، وتابعه ابن حزم في (المحلى١٥١/١٠) .

(١) انظر: المبسوط ٧٠/١٧، بدائع الصنائع ٢٤٤/٦، فتح القدير ٥١/٥.

برهان له على هذه الدعوى، وعند انعدام البرهان كان في قوله قذف المحصنات ونسبة الأولاد إلى غير الآباء، ومجرد الشبه غير معتبر، فقد يشبه الولد أباه الأدنى، وقد يشبه الأب الأعلى الذي باعتباره يصير منسوباً إلى الأجانب في الحال، وإليه أشار النبي ﷺ حين أتاه رجل فقال: "يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاماً أسود، فقال هل لك من إبل؟ قال نعم، قال ما ألوانها ؟، قال حمر، قال هل فيها من أورَق ؟، قال نعم، قال فأنى كان ذلك ؟، قال أراه عرقاً نزعه، قال فلعل ابنك هذا نزعه عرق" [1].

الموازنة والترجيح:

الناظر في أدلة العمل بقول القافة يجد أن سبب اختلاف الفقهاء في الأخذ به هو اختلافهم في دلالة حديث المدلجي على موضع النزاع، وما يظن من معارضة بعض الأصول له، فالجمهور يرون سروره ﷺ بقول القائف وإقرارَه له كافيين في إثبات المدعى، فإنه لو قُدر إبطال العمل بالقيافة لبينه ﷺ في وقته كما بين بطلان العمل بكثير من عادات الجاهلية وأعرافها، وقد كانت القيافة من عاداتهم، وهذا لعمري إذا تؤمل كان في غاية الإقناع.

ولكن الأحناف يعتذرون عن الحديث بأنه لم يقع فيه إلحاق متنازَع

---

(١) انظر: المبسوط ٧٠/١٧، والحديث: أخرجه عن أبي هريرة: البخاري في صحيحه: كتاب النكاح، باب إذا عرَّض بنفي الولد (٢٠٣٢/٥ح ٤٩٩٩) ومسلم: كتاب اللعان (١١٣٧/٢ح ١٥٠٠) .

فيه، ولا هو وارد في محل النزاع؛ فان أسامة كان لاحقاً بفراش زيد من غير منازع له فيه، وإنما كان الكفار يطعنون في نسبه للتباين بين لونه ولون أبيه في السواد والبياض، فلما غطيا رؤوسهما، وبدت أقدامهما، وألحق مجزز أسامة بزيد كان ذلك إبطالاً لطعن الكفار بسبب اعترافهم بحكم القيافة، وإبطال طعنهم حق، فلم يسر النبي ﷺ إلا بحق، هذا مع أنه معارض بحديث: "الولد للفراش"، وقد رأيت بعض الشافعية يضعفون أيضاً الاستدلال بهذا الحديث لهذا المعنى [1].

والجمهور يجيبون بأنه وان كان ذلك وارداً في صورة خاصة، إلا أن له جهة عامة، وهي دلالة الأشباه على الأنساب، فنأخذ هذه الجهة من الحديث ونعمل بها [2].

وأما حديث: "الولد للفراش": فلا يعارض العمل بالقيافة؛ لأن القيافة إنما يصار إليها حيث لم يكن ثمة فراش، أما لو وجد الفراش فهو أحق بالتقديم، ولهذا قدمه النبي ﷺ على الشبه في قصة المتلاعنين، وقضية عبد بن زمعة، ثم إن ضعف الشبه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته؛ فإن النسب يحتاط لإثباته، ويثبت بأدنى دليل، ويلزم من ذلك التشديد في نفيه، وأنه لا ينتفي إلا بأقوى الأدلة، كما أن الحد لما انتفى بالشبه لم يثبت إلا بأقوى دليل، فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه

---

(١) انظر: المبسوط ٧٠/١٧، البرهان ٣٢٩/١، المنخول ص: ٢٢٨.

(٢) انظر: الطرق الحكمية ص: ٢١٧، إحكام الأحكام ٧٢/٤.

في الخبر المذكور أن لا يثبت به النسب في القيافة [١].

والحاصل: أن دليل الجمهور لا ينتهض في الاعتبار ما يدفعه، وجميع ما يورده الأحناف إذا تؤمل لم يلف فيه مدفع، وإلحاق الطفل بأبوين فأكثر مما ينكره الطب والعادة، ولا يشهد له أصل شرعي بالاعتبار، ولكن لاختلاف المدارك منزع إلى مثل هذا الخلاف.

ثم نقول بعد هذا: إن العلم الحديث أمكنه أن يتوصل إلى معرفة أنساب المواليد بطرق صحيحة لا تدع مجالاً للشك، وذلك بواسطة تحديد زمرة دم المولود ومقارنتها بمن يشتبه أن يكون هو الوالد، وهذا لعله يكون فيه غنية عن الرجوع إلى القافة، والله أعلم.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

القياس في المذهب المالكي جواز القضاء بقول قائف واحد؛ لأنه بمنزلة الحَكم أو المخبر، ولا يشترط في هذين التعدد، وهذا هو المشهور عن مالك، وهو مذهب الظاهرية، ووجه عند الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد [٢].

ولكن من المالكية من ذهب إلى أنه لا يقضى إلا بقول قائفين، وقد روي ذلك عن مالك -رحمه الله- والعلة في ذلك على ما ذكروا:

---

(١) انظر: المغني ٤٧/٦، الطرق الحكمية ص: ٢٢١.

(٢) انظر: الاستذكار١٧٤/٦، تبصرة الحكام ٩٩/٢، مغني المحتاج ٤٨/٤، المغني ٤٦/٦-٤٧، المحلى ١٤٨/١٠، الطرق الحكمية ص: ٢٣٠.

الاحتياط في الأنساب؛ مراعاة للخلاف [١].

قال محمد بن رشد - رحمه الله - [٢]: "وجه ما روي عن مالك من أنه لا يجوز أن يقضى إلا باثنين عدلين مراعاةُ الخلاف؛ إذ من أهل العلم من لا يرى الحكم بالقافة، وهو مذهب أبي حنيفة" [٣].

٣- النكاح بدون ولي:

اتفق الفقهاء القائلون بجواز نكاح الصغار على ثبوت الولاية على الصغير في زواجه ذكراً كان أو أنثى، فلا يصح منه مباشرة العقد بنفسه واستقلاله بإبرامه؛ وهذا لأنه فاقد للأهلية التي يتحمل بها ما يلزمه من تبعات العقد وآثاره، ولقصور معرفته بما قد يضره أو ينفعه [٤].

---

(١) انظر: الاستذكار٦/١٧٤، البيان والتحصيل ١٠/١٢٧.

(٢) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد أبو الوليد القرطبي الجد، من أعيان المالكية، وأحد المجتهدين في المذهب، قال عنه ابن فرحون : "زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب، وكان إليه المفزع في المشكلات، بصير بالأصول والفروع والفرائض والتفنن في العلوم، وإليه كانت الرحلة للتفقه من أقطار الأندلس مدة حياته". من آثاره: (البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل) و(المقدمات الممهدات) توفي سنة ٥٢٠هـ. انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء ١٩/٥٠١، الديباج المذهب ص: ٢٧٩.

(٣) البيان والتحصيل ١٠/١٢٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٣٨- ٢٤١، بداية المجتهد ٢/٥، المهذب ٢/٣٥، المحلى ٩/٤٥١.

واختلفوا في الحرة البالغة العاقلة هل يصح منها أن تباشر عقدها بنفسها من غير ولي ويكون نكاحها صحيحاً على أقوال كثيرة أشهرها ثلاثة [١]:

القول الأول: أن الولاية شرط في صحة النكاح، وكل نكاح تم بغير ولي فهو باطل، وهذا قول عامة الصحابة والتابعين، وإليه ذهب من الفقهاء الأئمة الثلاثة: مالك [٢] والشافعي وأحمد، وهو أيضاً قول أبي محمد بن حزم - رحمة الله على الجميع - [٣].

---

(١) انظر الأقوال في هذه المسألة ومناقشتها في: أحكام القرآن للجصاص ٢/١٠٢، فتح القدير لابن الهمام ٣/٢٥٨، التمهيد ١٩/ ٨٤، بداية المجتهد ٢/٦، المغني ٧/٥، المحلى ٩/٤٥١، فتح الباري ٩/١٨٣.

(٢) هذا هو المذهب عند المالكية، وهو الذي استفاض عن الإمام مالك، وقد روي عنه غير هذا، قال ابن عبد البر: "وأما مالك فتحصيل مذهبه أنه "لا نكاح إلا بولي" هذه جملته، وروى أشهب عنه أن الشريفة والدنية والسوداء والمسالمة ومن لا خطب لها في ذلك سواء، وقال بن القاسم عنه: "إذا كانت المرأة معتقة أو مسكينة دنية أو تكون في قرية لا سلطان فيها فلا بأس أن تستخلف رجلاً يزوجها ويجوز ذلك، وإن كانت ذات حسب لها حال وشرف فلا ينبغي لها أن يزوجها إلا وليها أو السلطان".. ثم قال أبو عمر: "والمسائل في هذا الباب عن مالك وأصحابه كثيرة الاضطراب". الاستذكار٥/٣٩٤ .

(٣) انظر: الأم ٥/١٢، مصنف عبد الرزاق ٦/١٩٥، وابن أبي شيبة ٣/٤٥٤، جامع الترمذي ٣/٤١٠، المدونة ٤/١٦٥، ١٧٧، التمهيد ١٩/ ٨٤، المحلى ٩/٤٥١، المغني ٧/٥.

القول الثاني: أن الحرة البالغة لها أن تتولى تزويج نفسها، ولوليها حق الاعتراض على زواجها إن زوجت نفسها من غير كفء، وهذا هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - (١).

(١) هذا القول هو المشهور في المذهب الحنفي، وفيه أقوال أخر غير هذا، قال أبن الهمام: "وحاصل ما عن علمائنا رحمهم الله في ذلك سبع روايات: روايتان عن أبي حنيفة: تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقاً إلا أنه خلاف المستحب، وهو ظاهر المذهب، ورواية الحسن عنه: إن عقدت مع كفء جاز ومع غيره لا يصح، واختيرت للفتوى، وينبغي أن يقيد عدم الصحة المفتى به بما إذا كان لها أولياء أحياء لأن عدم الصحة إنما كان على ما وجه به هذه الرواية؛ دفعاً لضررهم، فإنه قد يتقرر لما ذكرنا، أما ما يرجع إلى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفء، وعن أبي يوسف ثلاث رويات: لا يجوز مطلقاً إذا كان لها ولي، ثم رجع إلى الجواز من الكفء لا من غيره، ثم رجع إلى الجواز مطلقاً من الكفء وغيره، وروايتان عن محمد: انعقاده موقوفاً على إجازة الولي إن أجازة نفذ وإلا بطل، إلا أنه إذا كان كفأً وامتنع الولي يجدد القاضي العقد، ولا يلتفت إليه، ورواية: رجوعه إلى ظاهر الرواية، فتحصل أن الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقاً من الكفء وغيره، هذا على الوجه الذي ذكرناه عن أبي يوسف من ترتيب الروايات عنه، وهو ما ذكره السرخسي وأما على ما ذكره الطحاوي من أن قوله المرجوع إليه عدم الجواز إلا بولي وكذا الكرخي في (مختصره) حيث قال: "وقال أبو يوسف لا يجوز إلا بولي، وهو قوله الأخير" فلا، ورجح قول الشيخين لأنهما =

القول الثالث: أن الولي شرط في زواج البكر خاصة، وأما الثيب فلها أن تولي أمرها من شاءت من المسلمين فيزوجها، وليس لوليها في ذلك اعتراض، وهذا رأي إمام الظاهرية داود بن علي - رحمه الله - [(١)].

الأدلة :

كل من ذهب إلى قول من هذه الأقوال استدل لمذهبه بظواهر من القرآن وأخبار رويت عن النبي ﷺ، وكل يؤيد ذلك بما يذكره من الحِكم ووجوه القياس:

فالقائلون بالمذهب الأول: يستدلون بالآيات التي فيها إسناد النكاح إلى الأولياء مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾ [(٢)] .

= أقدم وأعرف بمذاهب أصحابنا، لكن ظاهر (الهداية) اعتبار ما نقله السرخسي والتعويل عليه". فتح القدير ٣/٢٥٥-٢٥٦. وانظر: شرح معاني الآثار ٣/٧، المبسوط ٥/١٠، أحكام القرآن للجصاص٢/١٠١، بدائع الصنائع ٢/٢٤٧.

(١) داود بن علي بن خلف أبو سليمان الأصبهاني، إمام أهل الظاهر ورئيسهم، قال عنه الخطيب البغدادي : "هو إمام أصحاب الظاهر، وكان ورعاً ناسكاً زاهداً، وفي كتبه حديث كثير إلا أن الرواية عنه عزيزة جداً"، وأسند عن أبي العباس ثعلب قولَه: "كان داود عقله أكثر من علمه". توفي سنة٢٧٠هـ . انظر تاريخ بغداد ٨/٣٦٩، وفيات الأعيان ٢/٢٥٥، سير أعلام النبلاء ١٣/٩٧. وانظر رأيه هذا في: الاستذكار ٥/٣٩٩، والمحلى ٩/٤٥٧.

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٢١.

ويستدلون أيضاً بقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْاْ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾(١).

قال الإمام محمد بن إدريس الشافعي -رحمه الله-: "هذه الآية أبين ما في القرآن من أن للولي مع المرأة في نفسها حقاً، وأن على الولي أن لا يعضلها إذا رضيت أن تنكح بالمعروف؛ ولا أعلم الآية تحتمل غيره؛ لأنه إنما يؤمر بأن لا يعضل المرأة من له سبب إلى العضل بأن يكون يتم به نكاحها من الأولياء، والزوج إذا طلقها فانقضت عدتها فليس بسبيل منها فيعضلها وإن لم تنقض عدتها فقد يحرم عليها أن تنكح غيره وهو لا يعضلها عن نفسه" (٢).

وقال الله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾ (٣).

قال أبو بكر بن العربي - رحمه الله - بعد ذكره للخلاف في المراد بالذي بيده عقدة النكاح: "والذي تحقق عندي بعد البحث والسبر أن الأظهر هو الولي لثلاثة أوجه:

أحدها: أن الله تعالى قال في أول الآية: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ فذكر الأزواج، وخاطبهم

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٣٢.

(٢) الأم ١٢/٥.

(٣) سورة البقرة، آية: ١٣٧.

بهذا الخطاب، ثم قال: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ﴾ فذكر النسوان، ثم قال: ﴿أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ فهذا ثالث، فلا يرد إلى الزوج المتقدم إلا لو لم يكن لغيره وجود، وقد وجد وهو الولي، فلا يجوز بعد هـذا إسـقاط التقدير بجعل الثلاث اثنين من غير ضرورة.

الثـاني: أن الله تعـالى قـال: ﴿أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ ولا إشكال في أن الزوج بيده عقدة النكاح لنفسه، والولي بيده عقدة النكاح لوليته على القول بأن الذي يباشر العقد الولي، فقد ثبت بهذا أن الـولي بيده عقدة النكاح، فهو المراد؛ لأن الزوجين يتراضيان فلا ينعقد لهما أمر إلا بالولي، بخلاف سائر العقود، فإن المتعاقدين يستقلان بعقدهما.

الثالث: أن ما قلنا أنظم في الكلام وأقرب إلى المرام؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ﴾ ومعلوم أنه ليس كل امرأة تعفـو، فـإن الصـغيرة أو المحجورة لا عفو لها، فبين الله تعالى القسمين وقال: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ﴾ أي: إن كن لذلك أهلاً، ﴿أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ لأن الأمر فيه إليه" [١].

وأما الأحاديث الشاهدة لهذا المذهب فكثيرة، أشهرها: حـديث أبي موسى الأشعري ﷺ أن النبي ﷺ قال: "لا نكاح إلا بِولي" [٢].

---

(١) أحكام القرآن ١/٢٩٥-٢٩٦.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٤/٣٩٤، وأبو داود في السنن: كتاب النكاح، باب في الولي (٢/٢٢٩ح: ٢٠٨٥)، والترمذي في الجامع: أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي (٣/٤٠٧ح: ١١٠١)، وابن ماجه في السنن: =

قال أبو عيسى التِّرمذي [(١)] -رحمه الله-: "والعمل في هذا الباب على حديث النبي ﷺ " لا نكاح إلا بولي" عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وبعض من جاء بعدهم من فقهاء التابعين" [(٢)].

= كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي (٦٠٥/١ح ١٨٨١) والدارقطني في (سننه ٢١٩/٣) والحاكم في (المستدرك ١٨٤/٢) وغيرهم.

وقد تُكلم في هذا الحديث وما ضارعه من أحاديث الولاية إلا أن له شواهد كثيرة رويت عن جملة من أصحاب النبي ﷺ يبلغ عددهم زهاء عشرين صحابياً كما ذكر ذلك الحاكم في (المستدرك ١٨٨/٢)، ومن أجل هذه الكثرة من النقلة قال الإمام أحمد: "أحاديث (لا نكاح إلا بولي) يشد بعضها بعضاً، وأنا أذهب إليها" نقله عنه البيهقي في (السنن ٢٦٧/٤) وقد أسند الحاكم تصحيح الحديث عن جملة من أرباب هذا الشأن، منهم: علي بن المديني، وأبو داود الطيالسي، وعبد الرحمن بن مهدي، ويحيى بن معين (المستدرك ١٨٥/٢).

(١) هو محمد بن عيسى بن سَورة بن موسى السُّلَمي أبو عيسى التِّرْمِذِي، قال أبو عبد الله الحاكم: "سمعتُ عمر بن علّك يقول: "مات البخاري فلم يخلّف بخراسان مثل أبي عيسى في العلم والحفظ والورع والزهد، بكى حتى عمي وبقي ضريراً سنين" من آثاره: (الجامع المختصر من السنن) و (الشمائل المحمدية) توفي سنة ٢٧٩ هـ. ينظر ترجمته في: وفيات الأعيان ٢٧٨/٤، البداية والنهاية ٦٦/١١، سير أعلام النبلاء ٢٧٠/١٣.

(٢) جامع الترمذي ٤١٠/٣.

ومنها: حديث عائشة - رضي الله عنها - قالت: "سمعت رسول الله ﷺ يقول: أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن أصابها فلها مهرها بما أصابها، وإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له" (١).

وأما من أجاز النكاح من دون ولي: فقد رام أن يستدل لمذهبه بأدلة هي من جنس ما تقدم: فمن القرآن: الآيات التي فيها إسناد النكاح إلى المرأة مثل قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾ (٢).

وقوله تعالى في الآية السابقة: ﴿ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ ﴾.

وقوله سبحانه: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجًا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرًاۖ فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا فَعَلۡنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ ﴾ (٣).

قالوا: فقد أضاف الله سبحانه العقد إليهن في هذه الآيات، فدل أنها تملك المباشرة، والمراد بالعضل: المنع حساً بأن يحبسها في بيت ويمنعها من أن تتزوج وهذا خطاب للأزواج فإنه قال في أول الآية ﴿ وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ (٤).

ومن السنة: قوله عليه الصلاة والسلام: "الأيم أحق بنفسها من

---

(١) الحديث: تقدم تخريجه ص: (٢٩٠).

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.

(٣) سورة البقرة، آية: ٢٣٤.

(٤) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/١٠٠، المبسوط ٥/١١.

وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها" [١].

قالوا: والأيم: اسم لامرأة لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً [٢].

وروي عنه ﷺ أنه قال: "ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر، وصمتها إقرارها"[٣].

قالوا: "فقوله ﷺ "ليس للولي مع الثيب أمر" يسقط اعتبار الولي في العقد، وقوله: "الأيم أحق بنفسها من وليها" يمنع أن يكون له حق في منعها العقد على نفسها [٤].

وأيدوا ذلك بقياس، فقالوا: "إن المرأة لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح، فلا تبقى مولياً عليها كالصبي العاقل إذا

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح (١٠٣٧/٢ح ١٤٢١).

(٢) انظر: المبسوط: ١٢/٥، وقال الكاساني: "الأيم كل امرأة جومعت بنكاح جائز أو فاسد أو فجوز ولا زوج لها غنية كانت أو فقيرة صغيرة كانت أو كبيرة" بدائع الصنائع ٣٤٧/٧.

(٣) أخرجه أحمد في المسند ٣٣٤/١، وأبو داود في السنن: كتاب النكاح، باب استئذان الثيب (٢٣٣/٢ح ٢١٠٠) والنسائي في السنن: كتاب النكاح، باب استئذان البكر في نفسها (١٨١/٣ح ٥٣٧٤) وابن حبان في صحيحه: ٣٩٩/٩، والبيهقي في السنن: ١١٨/٧، وغيرهم. وإسناده ثقات كما جزم بذلك الدارقطني في السنن ٢٣٩/٣.

(٤) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١٠٢/٢.

بلغ، والجامع: أن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعاً؛ لكون النكاح تصرفاً نافعاً متضمناً مصلحة الدين والدنيا، وحاجتها إليه حالاً ومآلاً، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها، وكون الأب قادراً عليه بالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة، وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة، فتزول ولاية الغير عنها وتثبت الولاية لها، لأن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظراً، فتزول بزوال الضرورة مع أن الحرية منافية لثبوت الولاية للحر على الحر، وثبوت الشيء مع المنافي لا يكون إلا بطريق الضرورة، ولهذا المعنى زالت الولاية عن إنكاح الصغير العاقل إذا بلغ، وتثبت الولاية له، وهذا المعنى موجود في الفرع، ولهذا زالت ولاية الأب عن التصرف في مالها، وتثبت الولاية لها كذا هذا" (١).

وأما داود بن علي: فاحتج لمذهبه في الفرق بين الثيب والبكر بقوله ﷺ: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها سكوتها" (٢).

الموازنة والترجيح:

الناظر في الحجج التي رام كل فريق أن يستدل بها على مذهبه وما أجاب به عن دليل المخالف يتبين له أن المسألة يتردد فيها ما ذكر من الأقوال، وذلك لقوة الأدلة التي تمسكوا بها، وما من اعتراض يرِد على المخالف إلا ومثله يرد على المخالف الآخر.

---

(١) بدائع الصنائع ٢/٢٤٨.

(٢) انظر: المحلى ٩/٤٥٧.

وبيان ذلك: أن الآية التي فيها نهي أولياء النساء عن عضلهن - وهي أقوى ما يراه الإمام الشافعي دالاً على اشتراط الولاية في النكاح - يمكن أن يستدل بها على إسقاط الولاية أيضاً، وذلك كما يقرر ابن رشد: " أنه ليس في الآية أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح، وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازاً، أعني بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص، بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم" (١).

وما ذكره الإمام الشافعي من أنه: "لولا أن لوليها سبيلاً عليها ما كان لنهيه عن عضلها معنًى" استنباط وجيه، لكن المخالفين يردونه باستنباط آخر من الآية نفسها، وإذا تؤمل ظهرت وجاهته أيضاً.

قال أبو بكر الجصاص: "فإن قيل: لولا أن الولي يملك منعها عن النكاح لما نهاه عنه كما لا ينهى الأجنبي الذي لا ولاية له عنه، قيل له: هذا غلط؛ لأن النهي يمنع أن يكون له حق فيما نهي عنه، فكيف يستدل به على إثبات الحق؟ وأيضاً فإن الولي يمكنه أن يمنعها من الخروج والمراسلة في عقد النكاح، فجائز أن يكون النهي عن العضل منصرفاً إلى هذا الضرب من المنع؛ لأنها في الأغلب تكون في يد الولي بحيث يمكنه منعها من ذلك" (٢).

---

(١) بداية المجتهد ٢/٧.

(٢) أحكام القرآن ٢/١٠٠.

والجمهور يردون هذا بسبب نزول الآية، وهو أن معقل بن يسار ﷺ: قال: "زوجت أختاً لي من رجل فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله هذه الآية ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾، فقلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال: فزوجتها إياه" (١).

لكن هذه الواقعة نفسها يصح تنزيلها على كلا الوجهين، أعني ما ذكره الشافعي، وما قرره الأحناف، إذ يُحتمل أيضاً أن يكون عضل معقل كان تزهيدَه لأخته في المراجعة فتقف عند أمره، فأمر بترك ذلك(٢).

وكذلك يقال في الآيات التي فيها إسناد النكاح إلى الأزواج تحتمل ما ذكره الجمهور، وما يقرره الأحناف من " أن الخطاب جاء على وفاق العرف والعادة بين الناس؛ فإن النساء لا يتولين النكاح بأنفسهن عادة لما فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال، وفيه نسبتهن إلى الوقاحة، بل الأولياء هم الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن (٣).

وأما أحاديث الباب: فهي أبين في اشتراط الولاية، لكنها لم تسلم

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بولي (١٩٧٢/٥ ح ٤٨٣٧).

(٢) انظر: شرح معاني الآثار ١٠/٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٤٨/٢.

من المعارضة أيضاً: إما بالطعن في صحتها، أو دلالتها على المراد، أو معارضتها بما هو من جنسها [١].

وقد كان حديث "الثيب أحق بنفسها من وليها" مع صحته ظاهراً فيما ذهب إليه داود الظاهري، لكنه عورض بأنه قول محدَث، والإجماع على خلافه ! [٢].

فبقيت المسألة كما ترى لا تخلو من احتمال مهما أورد لها من دليل، ولذلك يقول أبو الوليد بن رشد -رحمه الله-: "وسبب اختلافهم: (يعني في اشتراط الولاية) أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة، وكذلك

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٧/٢، شرح معاني الآثار ٧/٣-١٢، إعلاء السنن للتهانوي ٦٩/١١-٧١.

(٢) قال أبو عمر بن عبد البر: "خالف داود أصله في هذه المسألة، وقال فيها بالمجمل والمفسر، وهو لا يقول بذلك، فجعل قوله: "لا نكاح إلا بولي" مجملاً، وقوله: "الأيم أحق بنفسها من وليها" مفسراً، وهما في الظاهر متضادان، وأصله في الخبرين المتضادين أن يسقطا جميعاً ويرجع إلى الأصل فيهما ولو كان الناس عليه، وخالف أصلاً له آخر: وذلك أنه كان يقول إذا اجتمع في مسألة على قولين فليس لأحد أن يخترع قولاً ثالثاً، والناس في هذه المسألة مع اختلافهم لم يفرقوا بين البكر والثيب، وجاء داود ففرق بينهما بقول لم يتقدم إليهم". (الاستذكار ٤٠٠/٥) .

الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضاً محتملة في ذلك، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها" [١].

ومع قوة هذه الأقوال ووجاهتها إلا أن الترجيح في مثل هذا مطلوب، ويبدو لي - والله أعلم- أن ما ذهب إليه الجمهور أخلق بالاتباع، وليس ترجيحه عندي من جهة الخبر؛ فإنه ما من خبر في هذا الباب إلا تطرق إليه الاحتمال، وعورض بمثله، ولكن ما يرجح هذا هو العمل الذي استمر عليه الناس من لدن عهد الرسالة حتى اليوم، فنساء المسلمين لم يزلن يوكلن أنكحتهن إلى أوليائهن، وهذا عرف موروث شهدت له النصوص والأخبار وأقضية الصحابة - رضي الله عنهم - [٢].

ولذلك استغرب أبو بكر بن العربي القول بعدم اعتبار هذه الولاية، فقال: "قال أبو حنيفة: لا يفتقر النكاح إلى ولي، وعجباً له متى رأى امرأة قط عقدت نكاح نفسها؟" [٣]، وسبق قول الإمام الترمذي: "والعمل في هذا الباب على حديث النبي ﷺ "لا نكاح إلا بولي" عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وجل من جاء بعدهم من فقهاء التابعين" [٤].

وعُرف كهذا لا يتجه فيه الخلاف؛ لقوته، ولما يترتب على تركه من

(١) بداية المجتهد ٢/٧.

(٢) انظر المدونة ٤/١٧٨، المحلى ٩/٤٥٤.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٣/٥٠٥.

(٤) جامع الترمذي ٣/٤١٠.

الفساد؛ فإن المرأة متى استقلت بنكاحها لحقها العار، وتأذى أهلها بذلك، "وقد تضع نفسها في غير موضع كفاءة فيلحقها الأذى والضرر، وهي بطبعها ميالة إلى الرجال أكثر من ميلها إلى تبذير الأموال، فاحتاط الشرع بأن جعلها محجورة في هذا المعنى على التأبيد" (١).

على أن الخلاف إذا قوي مدركه فالخروج منه مستحب، وذلك أحوط وأبرأ للذمة، سيما وأن عقد النكاح له وزنه واعتباره في الشرع، فالترخص فيه لا يحمد بحال.

ومما يجدر ذكره في هذا الصدد: أن هذا الترجيح إنما يكون فيما قبل الإقدام على هذا العقد، أما إذا وقع ونزل، فالحكم عليه بالبطلان لا يتجه؛ لأن جبره ممكن بحكم حاكم، أو إجازة الولي، وما يترتب على إبطاله من المفاسد يقضي برجحان تصحيحه: والله أعلم.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

هذه المسألة من أشهر ما يمثل به لمراعاة الخلاف؛ لقوة مدركها كما سلف بيانه، وقد صحح المالكية هذا العقد إذا حصل فيه الدخول، ورتبوا عليه جميع آثار العقد الصحيح من الميراث والنسب وكون الفسخ فيه بطلاق وغيرها؛ وذلك مراعاة لخلاف الأحناف (٢).

فقد سئل الإمام مالك عمن تزوجت بغير ولي كفؤاً ودخل بها،

---

(١) بداية المجتهد ٢/٧.

(٢) انظر: البهجة شرح التحفة ١/٢١-٢٢.

ووليها قريب منها، فقال للسائل: "أرى أن تدع هذا والكلام فيه" [١].

قال أبو عمر بن عبد البر: "قال إسماعيل بن إسحاق [٢] : "فإن نكحت المرأة بغير ولي فسخ النكاح، فإن دخل وفات الأمر بالدخول وطول الزمن والولادة لم يفسخ؛ لأنه لا يفسخ من الأحكام إلا الحرام البين أو يكون خطأً لا شك فيه، فأما ما يجتهد فيه الرأي وفيه الاختلاف فلا يفسخ، ويشبه على مذهب مالك أن يكون الدخول فوتاً وإن لم يتطاول، ولكنه احتاط في ذلك.

قال: والذي يشبه عندي على مذهب مالك في المرأة إذا تزوجت بغير ولي ثم مات أحدهما: أنهما يتوارثان، وإن كان مالك يستحب ألا يقام على ذلك النكاح، وقد ذكر ابن القاسم عنه أنه كان يرى بينهما الميراث" [٣].

وهذا الذي ذهب إليه مالك - رحمه الله - يستدل له بقوله ﷺ في

---

(١) انظر: البيان والتحصيل ٣٦٩/٤، الاستذكار ٣٩٩/٥.

(٢) إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل بن حماد بن زيد بن درهم الأزدي، مولاهم البصري، المالكي، قاضي بغداد، وصاحب التصانيف، وإليه يعود الفضل في نشر مذهب مالك بالعراق، قال عنه الخطيب البغدادي: "كان إسماعيل فاضلاً عالماً متقناً فقيهاً على مذهب مالك بن أنس، شرح مذهبه ولخصه، واحتج له، وصنف (المسند) وكتباً عدة في علوم القرآن، وجمع حديث مالك ويحيى بن سعيد الأنصاري وأيوب السختياني" توفي ٢٨٢هـ. انظر: تاريخ بغداد ٢٨٤/٦، ترتيب المدارك ٢٧٨/٤، سير أعلام النبلاء ٣٣٩/١٣.

(٣) الاستذكار ٣٩٥/٥.

الحديث السابق: "فلها المهر بما أصاب منها" بعدما حكم على النكاح بالبطلان، فدل ذلك على أن العقد الباطل يحكم له بحكم الصحيح بعد الفوات، وقد كان مقتضى القياس أن الفسخ بغير طلاق، وأن لا يثبت لها مهر، لكونه نكاحاً غير مستوف ركنه فأشبه الزنا، وهذا ضرب من تقديم الاستحسان على القياس تحقيقاً للمصلحة والعدل [1].

قلت: ويمكن تصحيح هذا العقد بحكم حاكم أو بإجازة الولي من غير حاجة إلى التفريق بين الزوجين، وقد اتفق القائلون باشتراط الولاية في النكاح على أنه لو حكم حاكم بصحته، أو تولى بنفسه عقده لم يجز لمن بعده أن ينقض حكمه، وعللوا ذلك: بأنها مسألة مختلف فيها، والاجتهاد فيها سائغ، وحكم الحاكم في مثلها يرفع الخلاف، ويصير المسألة كالمجمع عليها [2].

وقد نص الحنابلة وبعض المالكية في هذا الصدد على أن المرأة إذا تزوجت تزويجاً فاسداً -وهو المختلف فيه- لم يجز تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها، أو يفسخ نكاحها، وإذا امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه [3].

وعللوا ذلك: بأنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق فيه

---

(١) انظر: البهجة شرح التحفة ١/٢١-٢٢.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي٢/٢٥٨، مغني المحتاج٣/١٤٨، ٤/٣٩٧، المغني ٧/٦.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي ٢/٢٣٩، مواهب الجليل ٣/٤٤٧، ٤٤٩، المغني ٧/٩.

إلى إيقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه، ولأن تزويجها من غير تفريق يفضي إلى تسليط زوجين عليها كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه هو الصحيح ونكاح الآخر فاسد [١].

وهذا وجه آخر من وجوه مراعاة الخلاف في هذه المسألة، وهو دال على قوة الخلاف فيها.

٤- نكاح الشغار:

الشِّغار في لغة العرب: مأخوذ من قولهم: شغر المكان إذا خلا و لم يبق به أحد، وشغر البلد شغوراً إذا خلا من حافظ يمنعه، ويقال: شغر الكلب شغراً: إذا رفع إحدى رجليه ليبول، فمادة الكلمة تدور في جميع تصاريفها على معنى الخلو والفراغ والرفع [٢].

ونكاح الشغار: صورته: أن يُنكح الرجل وليته رجلا آخر على أن يُنكحه الآخر وليته، ولا صداق بينهما إلا بُضع هذه ببضع الأخرى [٣].

وقد ذهب أكثر الفقهاء إلى حرمة هذا النكاح لثبوت النهي عنه [٤].

---

(١) انظر: المغني ٩/٧.

(٢) انظر: تهذيب اللغة ٤١/٨، لسان العرب ٤١٧/٤.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٤٣/٢، المغني ١٣٤/٧، فتح الباري ١٦٢/٩.

(٤) حكى غير واحد الإجماع على ذلك، منهم: ابن عبد البر في الاستذكار ٤٦٥/٥، وابن رشد في بداية المجتهد ٤٣/٢، وابن دقيق العيد في الإحكام ٣٤/٤، لكن يظهر من كلام الحنفية أنهم يرون جوازه، إلا أن يراد بالجواز صحته ونفوذه، =

واختلفوا إذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم يبطل على قولين:

القول الأول: أنه نكاح باطل لا يحتمل التصحيح، ويفسخ قبل الدخول وبعده، وهو مذهب الأئمة الثلاثة: مالك والشافعي وأحمد، وقول الظاهرية أيضاً -رحمة الله على الجميع- [(١)].

القول الثاني: أن نكاح الشغار يصح بفرض مهر المثل قبل الدخول وبعده، وهذا مذهب الحنفية، ويحكى عن الإمام أحمد -رحمهم الله- [(٢)].

الأدلة:

استدل الجمهور على بطلان نكاح الشغار بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، قال: والشغار: أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق" [(٣)].

ووجه الدلالة منه: أنه ﷺ نهى عن الشغار وأبطله في الإسلام،

= فتصح حكاية الاتفاق حينئذ. قال السرخسي: "والشغار: أن يقول الرجل للرجل أزوجك أختي على أن تزوجني أختك على أن يكون مهر كل واحدة منهما نكاح الأخرى، أو قالا ذلك في ابنتيهما أو أمتيهما، ثم النكاح بهذه الصفة يجوز عندنا، ولكل واحدة منهما مهر مثلها". المبسوط ١٠٥/٥.

(١) انظر: المدونة ١٥٢/٤، الاستذكار ٤٦٥/٥، الأم ٧٦/٥، المحلى ٥١٣/٩.

(٢) انظر: المبسوط ١٠٥/٥، بدائع الصنائع ٢٧٨/٢، الإنصاف ١٥٩/٨.

(٣) صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشغار، (١٩٦٦/٥ح ٤٨٢٢) صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه (١٠٣٤/٢ح ١٤١٥) .

والنهي يدل على فساد المنهي عنه؛ لقوله ﷺ: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد" [(١)].

وأما الأحناف: فعمدهم في تصحيحه بمهر المثل: القياس، وتقريره: أن النكاح عقد مؤبد لا تؤثر فيه الشروط الفاسدة، كما لو تزوجها على أن يطلقها أو ينقلها من مكانها ونحو ذلك، قالوا: ومما يؤيد هذا: إجماعهم على أن النكاح على المهر الفاسد مثل الخمر والخنزير إذا فات بالدخول فلا يفسخ لفساد صداقه، ويكون فيه مهر المثل، بخلاف سائر المعاوضات من البيوع والإجارات وغيرها من المضمونات بأثمانها.

قالوا: وإذا لم يفسخ لذلك بعد الدخول فكذلك لا يفسخ قبل الدخول؛ لأنه لو لم يكن نكاحاً منعقداً حلالاً ما صار حلالاً بالدخول، والأصل في ذلك: أن التزويج يضمن بنفسه لا بالعوض بدليل جواز النكاح على التفويض بغير صداق [(٢)].

وأما النهي في الحديث: فهو مصروف عندهم إلى الخلو عن المهر؛ إذ ذلك هو معنى الشغار في أصل اللغة، وهم لا يقولون به، فإذا فرض فيه مهر المثل لم يبق للنهي متعلق؛ لأنه حينئذ لا يكون شاغراً عن المهر [(٣)].

وقد يحملون النهي على الكراهة، وهي لا تقتضي الفساد، وحاصل

---

(١) انظر: الأم ٥/٧٧، الاستذكار ٥/٤٦٦، والحديث تقدم تخريجه ص: (١٢٤).

(٢) انظر: الاستذكار ٥/٤٦٦-٤٦٧، المبسوط ٥/١٠٥، فتح القدير ٣/٣٣٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٧٨، حاشية ابن عابدين ٣/١٠٦.

هذا على ما قرره ابن عابدين: " أنه مع إيجاب مهر المثل لم يبق شغاراً حقيقة، وإن سلم فالنهي على معنى الكراهة، فيكون الشرع أوجب فيه أمرين: الكراهة ومهر المثل، فالأول: مأخوذ من النهي، والثاني: من الأدلة الدالة على أن ما سمي فيه ما لا يصلح مهراً ينعقد موجباً لمهر المثل، وهذا الثاني دليل على حمل النهي على الكراهة دون الفساد" (١).

الموازنة والترجيح:

ظهر من الأدلة الآنفة أن مأخذ الحنفية في تصحيح نكاح الشغار بعد وقوعه: كونه عقداً مؤبداً أدخل فيه شرط فاسد، ولا يلزم من فساده فساد متعلقه وهو النكاح؛ لانفكاك الجهة، وما كان كذلك فإنه يبطل بنفسه خاصة، ويصحح بفرض مهر المثل كما هو الشأن في النكاح المنعقد على خمر أو خنزير، وقول الراوي في الحديث: "...وليس بينهما صداق" يشعر بأن جهة الفساد ترك ذكر الصداق (٢).

والقول بأن الشروط الفاسدة لا تؤثر في عقد النكاح أُثر عن علي وعبد الله بن عباس -رضي الله عنهما- فقد روي: "أنهما سئلا عن رجل تزوج امرأة، وشرطت عليه أن بيدها الفرقة والجماع، وعليها الصداق، فقالا: عميتَ عن السنة، ووليت الأمر غير أهله، عليك

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣/١٠٦.

(٢) نص على ذلك ابن دقيق العيد في الإحكام ٤/٣٥.

الصداق، وبيدك الفراق والجماع" [١].

والقول بتصحيح هذا العقد يؤيده أصل آخر: وهو ما يترتب على إبطاله من تفويت المصالح المترتبة عليه، فجبره إذن خير من هدمه، وهذا لعمري إذا تؤمل ظهرت وجاهته؛ فإنه أوفق لعادة الشرع في تحصيل المصالح ودرء المفاسد ما أمكنه ذلك، ثم هو موافق لأصل آخر: وهو جواز انعقاد النكاح على التفويض كما نطق به القرآن في قوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [٢].

فإذا جاز انعقاد النكاح على التفويض فما المانع أن يجعل الشرط الفاسد كما لو لم يكن، ويصير هذا الشغار في معنى النكاح المفوض.

ثم إن إبطال الشغار بعد وقوعه مبني على التسليم بدلالة النهي على فساد المنهي عنه، وهي مسألة عويصة لأهل الأصول فيها نظر آخر واختلاف كبير، ولا يراه الأحناف كذلك [٣].

فالحاصل: أن الأحناف لم يقصدوا مخالفة الحديث، بل هم يقولون

---

(١) رواه سعيد بن منصور في (سننه ٢١٣/١) والبيهقي في (السنن ٢٥٠/٧) وأعله بالإرسال، وانظر: (إعلاء السنن للتهانوي ٦٤/١١) .

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٣٦.

(٣) انظر هذه المسألة في : أصول السرخسي ٨٠/١-٩٤، شرح تنقيح الفصول ص: ١٦٢، قواعد الأحكام ٢٠/٢، البحر المحيط ٤٣٩/٢-٤٥٠، شرح مختصر الروضة ٤٣٠/٢-٤٣٨.

به، لكن على معنى عدم إقرار نكاح الشغار إلا بفرض المهر، وقولهم إذا تؤمل لم تخف وجاهته.

ولكن مع ذلك فإبطال هذا النكاح أولى وأرجح؛ لأن الاحتياط في هذا الباب آكد، والترخص فيه لا يحمد، والشرع إنما أذن في النكاح بشرط المهر مفروضاً أو مفوضاً، كما قال الله سبحانه: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ۚ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[1].

وأما عقد النكاح على ترك المهر رأساً فهو مخصوص بالنبي ﷺ، ومن عقده على ذلك فقد عقد على محرم، والمحرم لا يصح جعله طريقاً لإباحة ما حرم الله من الأبضاع[2]، وتصحيحه بفرض المهر وإن كان متجهاً في الاعتبار لكن لا ينتهض لمعارضة الحديث، ولا تزول به الريبة في صحة هذا العقد، وما كان كذلك فتركه أولى، ويتعين مثل هذا الاحتياط في الأبضاع؛ لعظيم شأنها في الشرع، ولأن الأصل أنها محرمة حتى تباح بيقين، مع أن الاعتبار الذي ذكروه قد لا يُسلم هنا لوجود النص بتحريم الشغار، وعلى فرض أنه غير نص في إبطاله فهو يُضعف من دلالة القياس على صحته، ويوقع في النفس شكاً وريبة، والله أعلم.

---

(١) سورة النساء، آية: ٢٤.

(٢) انظر: الأم ٥/٧٧، مجموع الفتاوى ٣٤/١٢٦.

مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

مع ورود النص في إبطال الشغار ونفيه فقد راعى المالكية خلاف الحنفية في بطلانه، فأوجبوا له أحكام النكاح الصحيح من الاعتداد بالطلاق إن حصل فيه قبل الفراق على المشهور، وثبوت العدة والميراث وسائر أحكام النكاح الصحيح، وهذه قاعدة المذهب في كل نكاح مختلف فيه [(١)].

قال ابن القاسم - رحمه الله -: "وأصل هذا - وهو الذي سمعته من قول من أرضى من أهل العلم-: أن كل ما اختلف الناس في إجازته رده فالفسخ فيه بطلاق، ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ كالمرأة تزوج نفسها، أو تنكح بغير ولي، والأمة تزوج بغير إذن السيد؛ لأن هذا قاله خلق كثير إن أجازه الولي جاز، ولو قضى به قاض لم أنقضه، وكذلك نكاح المحرم والشغار للاختلاف فيهما " [(٢)].

وقد نص الحنابلة وبعض الشافعية أيضاً على أنه يثبت في النكاح المختلف فيه بعض أحكام الصحيح من وجوب فسخه بطلاق، وثبوت العدة والنسب والمهر، وأن لا ينقض لو حكم بصحته حاكم [(٣)].

---

(١) انظر: البهجة شرح التحفة ١/٢١-٢٢.

(٢) وهو المشهور، وقيل بأنه يعامل معاملة الباطل، واستظهره سحنون كما في المدونة ٤/١٥٣، ١٨١-١٨٣، الذخيرة ٤/٤٤٦، مواهب الجليل ٣/٤٤٨-٤٥٠.

(٣) انظر: المهذب٢/٣٥، روضة الطالبين ١١/١٥١-١٥٢، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ١/٣٠، المغني ٣/١٥٨، ٨/١٠٨، كشاف القناع ٥/٢٣٧.

المبحث الثالث
اختلاف الفقهاء شبهة تدرأ بها الحدود

سبق الحديث بإسهاب عن مضمون هذه القاعدة، وما تحويه من المسائل والأحكام، وذلك يغني عن تكرار القول فيها شرحاً وتبياناً [١]، ولكن قد يكون الكلام في القواعد يختلف عن الكلام في المسائل والفروع؛ فإن القاعدة تستدعي - قبل الحديث عن مضمونها - إثبات كونها قاعدة فقهية حتى يصح الاستدلال بها، والاستعانة بها في استنباط أحكام الحوادث، وتصنيفها ضمن القواعد الفقهية، وهذا القدر لم يسبق ذكره، وإن كان قد وقعت الإشارة إلى طرف منه ضمن مبحث: (إسقاط الحدود بشبهة الخلاف)، وفيما يلي مطالب لاستجلاء ما يتعلق بهذه القاعدة.

(١) راجع ص: (٥٧٠) وما بعدها .

المطلب الأول
شرح القاعدة وبيان معناها

سبق التعريف بالخلاف وبالشبهة، وأما "الدرء": فهو في لغة العرب: الدفع، يقال: درأه يدرؤه درءاً ودرأة دفعه، ودرأ عنه الحد: أخره وأسقطه، و تدارأ القوم تدافعوا في الخصومة ونحوها واختلفوا، ودارأت بالهمز دافعت، وكل من دفعته عنك فقد درأته [١].

والمراد به في لفظ القاعدة: إسقاط الحد ودفعه، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴾ [٢].

وقوله ﷺ: "ادرؤوا الحدود بالشبهات" [٣].

وأما "الحُدود" فهي جمع حد، والحد في اللغة: المنع والفصل بين الشيئين والتمييز بينهما، وسميت العقوبات حدوداً؛ لأنها تمنع غير من وقع فيها من اقترافها وتزجره عنها، وسميت محارم الله حدوداً؛ لأنها تفصل بين الحلال والحرام [٤].

والحدود في لسان الشرع هي: "العقوبات المقدرة"، وهذه العقوبات يدور جنسها على خمسة أصول: هي القتل والقطع والجلد والنفي وتغريم

(١) انظر: لسان العرب ١/٧١-٧٢.

(٢) سورة النور، آية: ٨.

(٣) سبق تخريجه ص: (٥٧٨) .

(٤) انظر: لسان العرب ٣/١٤٠.

المال، وموجباتها سبعة: هي: الزنا والسرقة والحرابة والردة والبغي [١].

ومعنى القاعدة: أن الخلاف الفقهي الذي جرى بين الفقهاء - أتباع المذاهب الأربعة وغيرهم - متى تعلق بمسألة من مسائل الحدود التي قدرها الشرع، وكان الخلاف فيها دائراً بين تحريم سبب العقوبة وتجويزه، أو بين اقتضائه للحد وعدم اقتضائه فإنه يكون شبهة مانعة من إقامة الحد؛ لأن الحدود لا تقام إلا حيث تُتيقن أسبابها وتَنتفي موانعها، وقد سبق بيان ما هو الخلاف المعتبر من غيره [٢].

---

(١) انظر: إعلام الموقعين ٢/١١٥-٢١٧، التشريع الجنائي في الإسلام ١/٦٣٤.

(٢) راجع مبحث (مراعاة الخلاف) ص: (٢٧٢) وما بعدها.

المطلب الثاني
أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم

درء الحدود بالشبهات مبدأ من مبادئ القضاء الشرعي الذي يتحتم على القاضي مراعاته إبان نظره في جرائم الحدود ليصدر حكمه فيها، وإذا أمعنا النظر في دواوين الفقه على اختلاف مشاربه ومذاهبه -باستثناء المذهب الظاهري- نجد أن الفقهاء متفقون في الجملة على إعمال هذا المبدأ وتحكيمه في القضاء، وهم في ذلك ما بين موسع فيه ومضيق، ولعل أكثر المذاهب أخذاً به هم الأحناف ثم من يليهم من بقية المذاهب [١].

والخلاف الواقع بين الفقهاء في هذه الجملة إنما نشأ عن اختلافهم في تلك الشبهة المدعاة هل هي مما ينتهض كونه شبهة أم تتقاعد عن ذلك ؟، فترى من يسقط الحد يعتل بالشبهة الملابسة للحادثة، ومن يوجبه يرى أن ما ادعي كونه شبهة ليس بشبهة، فينشأ الخلاف لذلك [٢].

وأما الخلاف الفقهي: فلا يختلف الفقهاء في جعله من الشبه الدارئة للحد متى قوي مدركه وكان له مساغ في الشرع [٣]، وجميع المذاهب

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣٤/٧، فتح القدير ٢٤٨/٥-٢٤٩، بداية المجتهد ٢/ ٣٢٤، المنثور ٢٢٥/٢، المغني ٥٥/٩، التشريع الجنائي في الإسلام ٢٠٧/١.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/ ٣٢٤، فتح القدير ٢٤٩/٥.

(٣) بدائع الصنائع ٣٥/٧، فتح القدير ٤٠٨/٣، حاشية ابن عابدين ٣٦/٤، ٣٧٧/٦، الاستذكار ٥٢٠/٧-٥٢١، الذخيرة ٦١/٩، حاشية الدسوقي ٣١٧/٤، المنثور١٢٧/٢، =

الفقهية المتبوعة تعلل إسقاط الحد بالخلاف:

فقد جاء في (المبسوط): "وأما درء الحد (يعني في النبيذ الذي لا يسكر) فلأن العلماء اختلفوا في حرمته، والاختلاف المعتبر يورث شبهة، والحد مما يندرىء بالشبهات" [(١)].

وجاء في (بدائع الصنائع) : "وكذلك وطء جارية العبد المأذون لا حد فيه؛ لأن هذا الملك محل الاجتهاد، لأن العلماء اختلفوا فيه، واختلافهم يورث شبهة، فأشبه وطأً حصل في نكاح وهو محل الاجتهاد، وذا لا يوجب الحد" [(٢)].

وجاء في (الذخيرة) "الشبهات المسقطة للحد الموجبة للحوق النسب ثلاثة أقسام: وذكر منها: الشبهة في الطريق: وهي كون الوطء مختلفاً فيه؛ لأن المجوز مبيح، والمحرم حاظر، فيحصل الاشتباه" [(٣)].

وجاء في (مواهب الجليل) : "ولو وطئ زوجته أو أمته في دبرها فإنه ليس بزنى، ولا حد عليه في ذلك؛ لأنه قد قيل بإباحته، وإن كان القول بذلك شاذاً أو ضعيفاً، ويجب عليه الأدب على المعروف" [(٤)].

= مغني المحتاج ١٦٢/٤، المغني ١٣/٤، ١٠٣/٩، كشاف القناع ٢٥٦/٤.

(١) المبسوط ١٤/٢٤، وانظر: أصول السرخسي ٣١٩/١-٣٢١.

(٢) بدائع الصنائع ٣٥/٧.

(٣) الذخيرة ٦١/٩.

(٤) مواهب الجليل ٢٩١/٦.

وجاء في (المنثور) : "الشبهة فيها مباحث: الأول: أنها مسقطة للحد، وهي ثلاث... وشبهة في الطريق بأن يكون حلالاً عند قوم حراماً عند آخرين، كنكاح المتعة والنكاح بلا ولي، ومن ثم لو شرب الخمر للتداوى وحكمنا بالتحريم، فلا حد في الأصح؛ لشبهة الخلاف، ويشترط في مأخذ الخلاف أن يكون قوياً" (١).

وجاء في (مغني المحتاج) : "ومما يسقط الحدكل جهة أباحها أي: قال بالوطء بها عالم، كنكاح بلا شهود فقط كما قال به مالك، أو بلا ولي فقط كما قال به أبو حنيفة، أو بولي وشهود ولكنه مؤقت وهو نكاح المتعة كما قال به ابن عباس ﷺ، فلا حد بالوطء فيه على الصحيح" (٢).

وجاء في (المغني): "ولا يجب الحد بالوطء في نكاح مختلف فيه، وهذا قول أكثر أهل العلم؛ لأن الاختلاف في إباحة الوطء فيه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات" (٣).

وفيه أيضاً: "ولا حد في الوطء في النكاح الفاسد سواء اعتقد حله أو حرمته..؛ لأنه مختلف في إباحته فلم يجب به الحد كالنكاح بغير شهود، ولأن الحد يدرأ بالشبهات، والاختلاف فيه أرقى الشبهات" (٤).

---

(١) المنثور ٢/٢٢٥.

(٢) مغني المحتاج ٤/١٤٥.

(٣) المغني ٩/٥٥.

(٤) المغني ٧/١٠.

ويقول الإمام ابن تيمية - رحمه الله- : "وأما إذا اشتبه الأمر هل هذا القول أو الفعل مما يعاقب صاحبه عليه أو مما لا يعاقب؟ فالواجب ترك العقوبة؛ لقول النبي ﷺ : "ادرؤوا الحدود بالشبهات" [(١)].

فتبين من هذه النقول أن المذاهب الأربعة مطبقة على اعتبار الخلاف في درء الحدود، وإنما يختلف الفقهاء في بعض فروع هذا الأصل من جهة اختلافهم في نوع الخلاف هل هو مما يعتبر حتى يصح اندراجه تحت هذا الأصل أم هو دون ذلك ؟، وهذا مثل اختلافهم فيمن شرب قليلاً مما يسكر كثيره إذا لم يكن من عصير العنب؛ فإن من يسقط الحد عنه يعتل بالخلاف الحاصل فيه بين الأئمة، فأشبه النكاح بلا ولي، ومن يوجب الحد يرى أن هذا خلاف لا يعتبر؛ لاستفاضة تحريمه في الصدر الأول، فلم يبق فيه لأحد عذر في اعتقاد إباحته بخلاف غيره من المجتهدات، ويؤيد ذلك بأن فعل المختلف فيه هاهنا داعية إلى فعل ما أجمع على تحريمه وهو المسكر [(٢)].

يقول الإمام الشافعي -رحمه الله-: "الحنفي إذا شرب النبيذ حددته وقبلت شهادته، أما الحد: فللزجر حتى لا يعود إليه إذ يجر إلى الفساد، وأما قبولنا الشهادة فلأن إقدامه على شربها لم يشعر بتهاونه إذ اعتقد إباحته" [(٣)].

---

(١) مجموع الفتاوى ٦/٥٠٥.

(٢) انظر: الذخيرة ٨/٢٧١، الوسيط ٧/٣٤٩-٣٥٠، المغني ٩/١٣٦.

(٣) نقله عنه الغزالي في الوسيط ٧/٣٤٩-٣٥٠، وانظر: قواعد الأحكام ١/١٠٣، =

وقد تبين من بعض ما سيق هنا من أقوال العلماء أن الخلاف يورث شبهة على كل حال وإن ضعف مأخذه؛ لانتفاء اليقين معه، وهو ظاهر قول بعض المحققين [١].

وتقدم لنا وجه هذا القول ورجحانه في الاعتبار، وتقرر هنالك أن الشرع متشوف إلى درء الحدود كلما ألفيت فيها شبهة صحيحة ولو على وجه، وأن الدماء لا تهدر إلا بيقين لا شك فيه، دع الأقاويل الشاذة التي علم بالضرورة بطلانها، فمثلها مما لا يثبت به حكم في الشرع، وتقدم أيضاً حكاية الخلاف في درء الحد بالشبهات عن ابن حزم - رحمه الله -، وتبين هنالك وجه الصواب بالأدلة العقلية والنقلية فأغنى ذلك عن التكرار [٢].

= وانظر لمذهب الحنفية في النبيذ: المبسوط ٢٤/٤، فتح القدير ٣٠٥/٥.

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٢٣٩/٢، مواهب الجليل ٢٩١/٦، المنثور ١٣٠/٢، فتاوى الهيتمي ٦٢/١.

(٢) راجع ص: (٧٦١) وما بعدها.

المطلب الثالث

أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة

لا يختلف الفقهاء - رحمهم الله - في مضمون هذه القاعدة في الجملة إلا أنهم يختلفون في بعض فروعها من جهة اختلافهم في صحة اندراجها تحت القاعدة كما سلف، وهذه بعض الأمثلة على ذلك:

١- إسقاط الحد عمن وطئ في نكاح مختلف فيه:

اتفق الفقهاء - رحمهم الله - من حيث الجملة على أن كل نكاح اختلف في صحته فلا حد فيه، مثل النكاح إلى أجل وهو نكاح المتعة، أو بلا ولي أو بلا شهود ونحوها، وهذه أقوالهم الدالة على ذلك:

قال علاء الدين الكاساني: "وكذلك وطء امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير ولي عند من لا يجيزه لا يوجب الحد لأن العلماء اختلفوا منهم من قال يجوز النكاح بدون الشهادة والولاية فاختلافهم يورث شبهة... والوطء في النكاح الفاسد لا يكون زنا بالإجماع "[(١)].

ويقول ابن رشد: "وبالجملة: فالأنكحة الفاسدة داخلة في هذا الباب، (يعني أنها مما يدرأ فيه الحد)، وأكثرها عند مالك تَدرأ الحد إلا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الأم وما أشبه

---

(١) بدائع الصنائع ٣٥/٧-٣٦، وانظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٥٣/٥، حاشية ابن عابدين ٢٣/٤.

ذلك مما لا يعذر فيه بالجهل" [١].

ويقول محيي الدين النووي : "وأما الشبهة في الجهة: فقال الأصحاب: كل جهة صححها بعض العلماء وأباح الوطء بها لا حد فيها على المذهب وإن كان الواطئ يعتقد التحريم، وذلك كالوطء في النكاح بلا ولي كمذهب أبي حنيفة، وبلا شهود كمذهب مالك، ونكاح المتعة، وقيل: يجب في النكاح بلا ولي على من يعتقد تحريمه دون غيره، وقيل: يجب على من أعتقد الإباحة أيضاً كما نحد الحنفي على شرب النبيذ" [٢].

ويقول العز بن عبد السلام: "فإن قيل: هلا حددتم بالوطء في النكاح المختلف في صحته كما حددتم الحنفي بشرب النبيذ المختلف في حل شربه ؟ قلنا: الفرق بينهما: أن مفسدة الزنا لا تتحقق في النكاح المختلف فيه؛ فإنه يوجب المهر والعدة، ويلحق النسب، ويثبت حرمة المصاهرة بخلاف الزنا، فإنه يقطع الأنساب، ولا يوجب مهراً ولا عدة، والمفسدة في شرب النبيذ مثلها في شرب الخمر من غير فرق" [٣].

وقال موفق الدين بن قدامة: "ولا يجب الحد بالوطء في نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة والشغار والتحليل، والنكاح بلا ولي ولا شهود، ونكاح

---

(١) بداية المجتهد ٢/٣٢٥، وانظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٣٢، حاشية الدسوقي ٤/٣١٣.

(٢) روضة الطالبين ١٠/٩٣، وانظر: الوسيط ٦/٤٤٤، مغني المحتاج ٤/١٤٥.

(٣) قواعد الأحكام ١/١٠٣.

الأخت في عدة أختها البائن، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن، ونكاح المجوسية، وهذا قول أكثر أهل العلم؛ لأن الاختلاف في إباحة الوطء فيه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات" [١] .

فهذه نصوص تدل على صحة نقل الاتفاق في هذا الموضع، لكن قد يوجد خلاف داخل هذه المذاهب في بعض الأنكحة؛ بناء على ضعف الخلاف فيها كما وضح من بعض هذه النقول، ويعد الإمام أبو حنيفة -رحمه الله- أكثر الفقهاء أخذاً بهذا المبدأ، إذ نقل عنه إسقاط الحد بشبهة العقد حتى لو كان المعقود عليها محرمة بالنص والإجماع مثل الأم.

يقول علاء الدين الكاساني: "الأصل عند أبي حنيفة عليه الرحمة: أن النكاح إذا وجد من الأهل مضافاً إلى محل قابل لمقاصد النكاح يمنع وجوب الحد، سواء كان حلالاً أو حراماً، وسواء كان التحريم مختلفاً فيه أو مجمعاً عليه، وسواء ظن الحل فادعى الاشتباه أو علم بالحرمة... ووجه قوله -رحمه الله-: أن لفظ النكاح صدر من أهله مضافاً إلى محله فيمنع وجوب الحد كالنكاح بغير شهود ونكاح المتعة ونحو ذلك" [٢].

---

(١) المغني ٥٥/٩. وانظر: الإنصاف ١٨٢/١٠.

(٢) بدائع الصنائع ٣٥/٧، وقد خالفه صاحباه في هذه المسألة، وفي المذهب اختلاف في ترجيح أحد القولين، ونص صاحب (الدر المختار) على أن قول الإمام هو المرجح في جميع الشروح، انظر: فتح القدير ٢٥٣/٥، حاشية ابن عابدين ٢٣/٤- ٢٤.

٢- إسقاط الحد عن سارق نصاب مختلف فيه:

اختلف الفقهاء في مقدار ما يجب فيه حد السرقة على أقوال كثيرة أشهرها ثلاثة [١]:

القول الأول: أن النصاب في النقدين ربع دينار من الذهب، وثلاثة دراهم من الفضة، وما عداهما يُقوم بالدراهم، فإن بلغ قيمته ثلاثة دراهم وجب الحد وإلا لم يجب، وهذا هو المذهب عند المالكية، وأشهر الروايات عند الحنابلة [٢].

القول الثاني: أن نصاب القطع ربع دينار من الذهب أو ما يبلغ قيمته من غيره، وهذا مذهب الشافعية، والاعتبار عندهم بالذهب المضروب، فبه يقع التقويم، حتى لو سرق شيئاً يساوي ربع مثقال من غير المضروب كالسبيكة وحلي لا تبلغ ربعاً مضروباً بالقيمة فلا قطع عندهم على الأصح [٣].

---

(١) حكي في هذه المسألة نحو من عشرين قولاً انظرها في شرح معاني الآثار ١٦٣/٣، أحكام القرآن للجصاص ٦٤/٤، الاستذكار ٥٢٩/٧، بداية المجتهد ٣٣٥/٢، المغني ٩٤/٩، المحلى ٣٥١/١١، فتح الباري١٢/١٠٥-١٠٧.

(٢) المدونة ٢٥٦/١٦، الاستذكار٥٣١/٧، حاشية الدسوقي ٣٣٤/٤، المغني ٩٤/٩.

(٣) وبنحو هذا قال داود بن علي الظاهري كما حكاه عنه ابن عبد البر في (الاستذكار٥٣١/٧)، وانظر للشافعية: روضة الطالبين ١١٠/١٠، مغني المحتاج ١٥٩/٤، نهاية المحتاج ٤٣٩/٧.

القول الثالث: أن النصاب في الذهب دينار، وفي الفضة عشرة دراهم، وفيما عداهما ما يبلغ قيمته عشرة دراهم، وهذا مذهب الأحناف [(١)].

وسبب الخلاف في هذه المسألة: اختلاف الروايات في هذا الباب، وكل قول من هذه الأقوال له ما يعضده من الأخبار وقضاء الصحابة ﷺ.

قال ابن عبد البر: "من قال: لا تقطع اليد إلا في ثلاثة دراهم فصاعداً، ومن قال في ربع دينار فصاعداً، أو من قال: في دينار أو عشرة دراهم فصاعداً لكل واحد منهم حديث عن النبي ﷺ يحدثه ويسنده إليه، ويحتج به ويعدل عليه، ولكل واحد منهم سلف من الصحابة والتابعين" [(٢)].

فعمدة أصحاب القول الأول: حديث عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- "أن النبي ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم" [(٣)].

وحديث عائشة -رضي الله عنها- أنها سمعت النبي ﷺ يقول: "لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً" [(٤)].

---

(١) انظر: المبسوط٩/١٣٧، بدائع الصنائع ٧/٧٧.

(٢) الاستذكار ٧/٥٣٤.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الحدود، باب:{والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما} (٦/٢٤٩٣ح ٦٤١١) ومسلم: كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها (٣/١٣١٣ح ١٦٨٦).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: في الكتاب والباب السابقين (٦/٢٤٩٢ح ٦٤٠٧) ومسلم في صحيحه واللفظ له في نفس الكتاب والباب (٣/١٣١٣ح ١٦٨٤) .

وبنفس هذا الحديث احتج الإمام الشافعي، ورأى أن الثلاثة الدراهم المذكورة في حديث عبد الله بن عمر كانت تساوي ربع دينار بدليل ما روى مالك بسنده: " أن سارقاً سرق أترجة في عهد عثمان ﷺ فأمر بها عثمان، فقومت ثلاثة دراهم من صرف اثني عشر درهماً بدينار فقطع يده، قال مالك وهي الأترجة التي يأكلها الناس" (١).

وأما الحنفية: فإنهم استدلوا لمذهبهم بما روي عن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- أنه قال: "لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم" (٢).

وصح عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمرو بن العاص -رضي الله عنهم جميعاً- أن المجن الذي قطع فيه النبي عليه الصلاة والسلام كان ثمنه يومئذ عشرة دراهم (٣).

---

(١) أخرجه مالك في (الموطأ ٢/٨٣٢) ومن طريقه: الشافعي في (الأم ٦/٤٣٠) والبيهقي في (السنن الكبرى ٨/٢٦٠) ورواه أيضاً: أبو بكر بن أبي شيبة في (المصنف ٥/٤٧٥).

(٢) أخرجه الترمذي في الجامع: باب ما جاء في كم تقطع يد السارق (٤/٥٠) وعبد الرزاق في المصنف ١٠/٢٣٣، وابن أبي شيبة في المصنف ٥/٤٧٦، وأعله الترمذي بالإرسال.

(٣) الأثران أخرجهما الدارقطني في (السنن ٣/١٩٣)، والطحاوي في (شرح معاني الآثار ٣/١٦٣)، وابن أبي شيبة في (المصنف ٥/٤٦٧)، وابن عبد البر في (الاستذكار ٧/٥٣٤)، وخرج أثر ابن عباس الحاكم في (المستدرك ٤/٤٢٠) وقال: "هذا حديث صحيح على شرط مسلم و لم يخرجاه" .

قالوا: فوجب إذ اختلف الرواة في تقدير ثمن المجن أن يؤخذ بالأحوط واليقين وهو عشرة دراهم أو دينار؛ لإيجاب الشرع الدرء ما أمكن في الحدود [1].

فهذا الخلاف كما ترى في غاية من القوة؛ إذ ما من قول إلا له سند وسلف، فثبت بذلك أن المسألة ليست من قبيل القطعيات في الشرع، بل هي مما يدخله الاجتهاد والنظر، وإذا كان الأمر كذلك، فهل يكون هذا الخلاف شبهة في درء الحد عمن سرق نصاباً مختلفاً فيه أعني في اقتضائه للقطع مع أن السرقة مما علم تحريمه من الدين بالضرورة ؟.

والذي يقتضيه النظر: أن السرقة وإن كانت محرمة عند الجميع إلا أن الخلاف في مقدار النصاب الموجب للقطع يوقع في النفس الريبة والشك، - وإن كان القطع في ربع دينار صحيحاً من حيث الإسناد - ؛ لأنه روي بألفاظ مختلفة، واختلف الرواة في رفعه ووقفه[2]، فالأولى ترجيح مذهب الأحناف؛ لأن الحدود مبناها على التثبت والاحتياط، وأن لا تقام إلا حيث يقطع بموجبها، وهذا هو الذي راعاه الأحناف في هذا الحكم.

قال أبو بكر الجصاص: "والأصل في ذلك: أنه لما ثبت باتفاق

---

(١) انظر: شرح معاني الآثار ٣/١٦٣، أحكام القرآن للجصاص ٤/٦٤-٦٥، بدائع الصنائع ٧/٧٧.

(٢) انظر مناقشة هذا الحديث في: شرح معاني الآثار للطحاوي ٣/١٦٣، فتح الباري ١٢/١٠٢، إعلاء السنن ١١/٦٤٤-٦٥١.

الفقهاء من السلف ومن بعدهم أن القطع لا يجب إلا في مقدار متى قصر عنه لم يجب، وكان طريق إثبات هذا الضرب من المقادير التوقيف أو الاتفاق، ولم يثبت التوقيف فيما دون العشرة، وثبت الاتفاق في العشرة أثبتناها، ولم نثبت ما دونها لعدم التوقيف والاتفاق فيه...ثم لو ثبت حديث عائشة بوجوب القطع في ربع دينار لعارضه ما قدمناه من الرواية عن النبي ﷺ من وجوه مختلفة في نفي القطع عن سارق ما دون العشرة، وكان يكون حينئذ خبرنا أولى؛ لما فيه من حظر القطع عما دونها، وخبرهم مبيح له، وخبر الحظر أولى من خبر الإباحة" [(١)].

وقال علاء الدين الكاساني: "والأصل أن الإجماع انعقد على وجوب القطع في العشرة، ووقع اختلاف العلماء فيما دون العشرة؛ لاختلاف الأحاديث، فوقع الاحتمال في وجوب القطع، فلا يجب مع الاحتمال"[(٢)].

ثم هذا يتقوى بوجه آخر: وهو ما قرره الإمام ابن تيمية من "أن باب الإحسان إلى الناس والعفو عنهم مقدم على باب الإساءة والانتقام كما في الحديث: "ادرؤوا الحدود بالشبهات، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة" [(٣)].

---

(١) أحكام القرآن ٤/٦٤-٦٥..

(٢) بدائع الصنائع ٧/٧٧.

(٣) منهاج السنة ٤/٣٧٢. والحديث تقدم تخريجه ص: (٥٧٨) .

٣- إسقاط الحد عن السارق للاختلاف في وقت تقويم السرقة:

العين المسروقة إذا كانت وقت السرقة تبلغ نصاب القطع، ثم طرأ عليها عيب أو هلاك فأنقص قيمتها عن النصاب، فإن الحد لا يسقط بهذا النقص باتفاق الفقهاء [(١)].

وأما إذا نقص ثمن العين المسروقة لنقصان قيمتها بالتقادم ونحوه، فصار ثمنها دون النصاب، فاختلف الفقهاء في وجوب الحد في هذه الحال على قولين:

القول الأول: أن القطع واجب في هذه الحال ما دام أن المسروق كان مساوياً للنصاب يوم إخراجه من حرزه، وهذا مذهب الجمهور، ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة، وهي رواية عند الأحناف ارتضاها بعض المحققين منهم [(٢)].

القول الثاني: أن المسروق إذا نقص ثمنه حتى صار دون النصاب، ثم رفع الأمر إلى القاضي فلا يجب الحد، وهذا هو المشهور في المذهب الحنفي [(٣)].

وسبب الخلاف في هذه المسألة: هو اختلافهم هل من شرط نصاب القطع بقاؤه كذلك إلى حين الاستيفاء وتنفيذ الحد أم أن ذلك ليس من شرطه ؟.

---

(١) انظر: المراجع التالية.

(٢) انظر:بدائع الصنائع ٧٩/٧، المدونة ٢٨٢/١٦، الأم ١٤٧/٦، المغني ١١٢/٩.

(٣) انظر: المبسوط ١٦٤/٩، بدائع الصنائع ٧٩/٧، فتح القدير ٣٥٠/٥، ٤٠٧.

فالذين يوجبون القطع - وهم الجمهور- يرون أن استدامة النصاب ليست شرطاً في القطع؛ لأن سبب الوجوب هو السرقة بدليل أن القطع رتب عليها، فيعتبر النصاب حين حدوثها، وأيدوا هذا بقياس أولوي: وهو أن نقصان السعر دون نقصان العين؛ لأن ذلك لا يؤثر في المحل، وهذا يؤثر فيه، ثم نقصان العين لم يؤثر في إسقاط القطع فنقصان السعر أولى [1].

وأما الأحناف في ظاهر الرواية عندهم: فإنهم رأوا أن النصاب كما يشترط لإيجاب القطع يشترط بقاؤه إلى وقت الاستيفاء كالثبات على الإقرار والشهادة، وهذا مبني عندهم على قاعدة، وهي أن "الإمضاء من القضاء" [2].

وقد أيدوا هذا بأن نقصان السعر يورث شبهة نقصان في المسروق وقت السرقة؛ إذ العين بحالها قائمة لم تتغير، وتغير السعر ليس بمضمون على السارق أصلاً، فيجعل النقصان الطارئ كالموجود عند السرقة، وهذا بخلاف نقصان العين؛ لأنه يوجب تغير العين إذ هو هلاك بعض العين، وهو مضمون عليه في الجملة، فلا يمكن تقدير وجوده وقت السرقة [3].

إذا تصور هذا، فهل يكون هذا الخلاف شبهة يسقط بها الحد في هذه الحال ؟.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧٩/٧، المغني ١١٢/٩-١١٣.

(٢) انظر: المبسوط ١٦٤/٩، فتح القدير ٣٥٠/٥، ٤٠٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٧٩/٧.

والجواب: أن القول بسقوط الحد عنه للخلاف لا يتجه؛ لأن ظاهر القرآن ترتيبُ الحد على السرقة، وهي متحققة شرعاً يوم حدوثها، ونقصان النصاب بعد ذلك غير مؤثر؛ لأن المقصود من الحد هو الزجر عن هذه الجريمة بقطع النظر عن قيمة المسروق وثمنه، لكن أخرج ما دون النصاب بالنص فيبقى ما عداه على أصله، ولو كان لنقصان السعر تأثير في الإسقاط لبينه النبي ﷺ ؛ لأنه خلاف الظاهر، والشرع متشوف إلى درء الحدود.

ومع هذا فإن الخلاف هاهنا ربما يؤول إلى أن يكون خلافاً لفظياً؛ لأن الظاهر أن القضاة لم يزالوا يُقومون السرقة يوم عرضها عليهم، ولا يسألون عن قيمتها يوم إخراجها من حرزها، وقد رأيت هذا ظاهراً فيما روي عن الفاروق رضي الله عنه " أنه أتي بسارق سرق ثوباً فقال لعثمان رضي الله عنه: قومه، فقومَه ثمانية دراهم، فلم يقطعه" [(١)].

لكن ما يشكل على هذا أنه قد يكون المسروق يوم أخذه دون نصاب القطع حتى إذا قوم يوم القضاء بلغ النصاب، ولا يقول هنا أحد بوجوب قطعه، فلم يبق إلا ترجيح رأي الجمهور، والله تعالى أعلم.

❁❁❁❁

---

(١) هو عند عبد الرزاق في (المصنف ١٠/٢٣٠) وابن أبي شيبة في (المصنف ٥/٤٧٦) والبيهقي في (السنن ٨/٢٦٠) وأعله بالانقطاع، لكن يشهد للشاهد منه حديث الأترجة الذي سبق ذكره.

المبحث الرابع

من سقطت عنه العقوبة لموجب ضوعف عليه الغرم

هذه القاعدة من القواعد المتعلقة بالعقوبات، وتبدو أهميتها من جهة كونها تبحث في أحد بدائل العقوبة المقررة شرعاً وهو تضعيف الغرامة، ولما كانت العقوبات لا يصح تنفيذها إلا بإذن الحاكم أو نائبه وهو القاضي صح إدراجها ضمن القواعد المتعلقة بالحكم القضائي.

وبعد البحث الحثيث تبين لي أن هذه القاعدة من مفردات المذهب الحنبلي؛ إذ لم أجدها في غيره من المذاهب، وقد أشار إلى اختصاص الحنابلة بها بعض المحققين منهم كابن قدامة، وشيخ الإسلام ابن تيمية، وابن قيم الجوزية كما سيأتي ذكر أقوالهم قريباً.

وقد نُقلت القاعدة بقريب من هذه الصيغة عن الإمام أحمد -رحمه الله-، فقد جاء في بعض مسائله قوله: "وكل من درأنا عنه الحد والقَوَد أضعفنا عليه الغرم" [١].

وحكيت عنه بلفظ: "كل من سقط عنه القطع ضوعف عليه الغرم" [٢].

وأوردها الحافظ ابن رَجب [٣] في قواعده بلفظ: "من سقطت عنه

(١) ذكرها ابن القيم في (إعلام الموقعين٣/١١) نقلاً من مسائل إسماعيل الشالنجي عن الإمام أحمد.

(٢) انظر: زاد المعاد ٥/٥٤.

(٣) عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسين السلامي البغدادي ثم الدمشقي =

العقوبة بإتلاف نفس أو طرف مع قيام المقتضي له لمانع فإنه يتضاعف عليه الغرم" [(١)].

وأما الصيغة التي أوردها الباحث فهي من تصرفه؛ طلباً للإيجاز والاختصار وإن كانت عبارة أهل العلم عنها أخلق بالاعتبار .

وهذه جملة من المطالب يتبين بها مفاد القاعدة ومنزلتها في الفقه مع ذكر بعض فروعها:

= زين الدين أبو الفرج الحنبلي، قال عنه الحافظ ابن حجر العسقلاني: "الشيخ المحدث الحافظ ...أكثر من المسموع ومن الاشتغال حتى مهر، وخرج لنفسه مشيخة مفيدة". من آثاره (تقرير القواعد وتحرير الفوائد) جمع فيه قواعد المذهب، و (جامع العلوم والحكم) شرح فيه الأربعين النووية بالإضافة إلى أحاديث أخر زادها من عنده، توفي سنة ٧٩٥ هـ.

انظرترجمته في: الدرر الكامنة ١٠٨/٣، المقصد الأرشد ٨١/٢، شذرات الذهب ٣٣٩/٦.

(١) قواعد ابن رجب ٦٣/٣.

المطلب الأول
شرح القاعدة وبيان معناها

المراد بلفظ "السقوط" في القاعدة: دفع الجزاء المقدر على الجريمة ورفعه.

و"العقوبة" يراد بها: "الحدود والتعزيرات التي شرعت زواجر عن ارتكاب أسبابها" [١].

و"الغرم" يراد به الدين والضمان، وهو ما يلزم أداؤه عوضاً عما فات من حق الغير [٢].

ومعنى القاعدة: أن من أتى سبباً من أسباب العقوبة، ولم يمكن إيقاعها عليه لمانع من الموانع من فوات المحل، أو صدور عفو من صاحب الحق أو نحو ذلك فإنه يسقط عنه الحد، ويعزر بتضعيف الغرم عليه، فإذا كان الغرم الواجب مثلاً خمسمائة دينار صار عليه بألف دينار [٣].

---

(١) انظر: أصول السرخسي ٢/٢٩٤.

(٢) انظر: لسن العرب ١٢/٤٣٦، المصباح المنير ٢/٤٤٦.

(٣) انظر: قواعد ابن رجب ٣/٦٣-٦٥.

المطلب الثاني
أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم

سبقت الإشارة إلى أن هذه القاعدة من مفردات المذهب الحنبلي حسب ما توصلت إليه، والذي يدل لذلك أقوال بعض المحققين منهم:

قال ابن قدامة -رحمه الله-: "وإذا قُتل الذمي عمداً أضعف على قاتله المسلم ديته؛ لزوال القود، وهذا حكم عثمان ﷺ في رجل من المسلمين قتل رجلاً من أهل الذمة فرفع إليه، فلم يقتله، وغلظ عليه ألف دينار، فصار إليه أحمد اتباعاً له، وله نظائر في مذهبه، فإنه أوجب على الأعور لما قلع عين الصحيح دية كاملة حين درأ القصاص عنه، وأوجب على سارق التمر مثلي قيمته حين درأ عنه القطع " (١).

فقوله: "فصار إليه أحمد، وله نظائر في مذهبه" يدل لاختصاص المذهب بالقاعدة.

وقال ابن القيم -رحمه الله-: "من سرق ما لا قطع فيه ضوعف عليه الغرم، وقد نص عليه الإمام أحمد رحمه الله فقال : "كل من سقط عنه القطع ضوعف عليه الغرم" (٢).

ونَقل من بعض مسائله: أنه سئل عن الرجل يحمل الثمر في أكمامه ؟،

---

(١) المغني ٣١٣/٨.

(٢) زاد المعاد ٥٤/٥.

فقال: "فيه الثمن مرتين وضرب نكال، وقال: "وكل من درأنا عنه الحد والقود أضعفنا عليه الغرم" (١).

فهذه نصوص تؤكد صحة الدعوى باختصاص المذهب الحنبلي بالقاعدة دون غيره، وقد يكون مما يستأنس به لذلك إيراد الحافظ ابن رجب للقاعدة في كتابه؛ فإنه خصصه لقواعد المذهب، والله تعالى أعلم.

وأياً كان فإن هذه القاعدة قد قام من أدلة الشرع والقياس الصحيح ما يشهد بصدقها وصحة كونها قاعدة فقهية محكمة، ومن الأدلة لذلك:

١- حديث عمرو بن العاص ﷺ قال: "سمعت رجلاً من مزينة سأل رسول الله ﷺ وأنا أسمع عن الضالة من الإبل، فذكر الحديث. قال: ثم سأله عن الثمار يصيبها الرجل؟ قال: ما أخذ في أكمامه - يعني رؤوس النخل - فاحتمله، فثمنه ومثله معه وضرب نكال" (٢).

---

(١) إعلام الموقعين ١١/٣، وانظر: مجموع الفتاوى ١١٨/٢٨، ٣٣٢.

(٢) (المسند١٨٦/٢) سنن أبي داود: كتاب اللقطة (١٣٦/٢ح ١٧١٠) الجامع للترمذي: باب الرخصة في أكل الثمرة للمار بها (٥٨٤/٣ح ١٢٨٩) سنن النسائي ،كتاب قطع السارق، باب القطع في سرقة ما آواه المراح من المواشي (٣٤٤/٤ح ٧٤٤٧) سنن ابن ماجه، كتاب الحدود، باب من سرق من الحرز (٨٦٥/٢ح ٢٥٩٦)، (المستدرك ٤٢٣/٤) واختلفوا في حكمه، فحسنه الترمذي، وأشار الحاكم إلى صحته، واستظهر ابن حزم في المحلى ٣٢٤/١١ ضعفه، وله شواهد تدل على حسنه. انظر: نصب الراية ٣٦٢/٣.

٢- قضاء عمر ﷺ في غلمة حاطب بن أبي بلتعة حين سرقوا ناقة لرجل من مزينة، فإنه أسقط عنهم العقوبة لتجويعهم، وقال: "أمـــا والله لولا أني أعلم أنكم تستعملوهم وتجيعوهم حتى إن أحدهم لو أكل ما حرم الله عليه حل له لقطعت أيديهم، وأيم الله إذ لم أفعل لأغرمنـــك غرامـــة توجعك ثم قال للمزني كم ثمنها؟ قال: كنت أمنعها من أربعمائة، قـــال عمر لعامله: اذهب فأعطه ثمانمائة" (١).

٣- أثر عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- "أن رجلاً مسلماً قتل رجلاً من أهل الذمة عمداً، فرفع إلى عثمان فلم يقتله، وغلظ عليه الديـــة مثل دية المسلم" (٢).

فهذه آثار صحيحة صريحة تدل لمضمون هذه القاعدة، والعجب: أن جمهور الفقهاء لم يروا تضعيف الغرم والدية على السارق والقاتل، ورأوا أن الأخبار الدالة على ذلك إذا صحت فهي منسوخة.

قال ابن عبد البر تعليقاً على قضاء عمر في غلمة حاطب: "أدخـــل

(١) الأثر تقدم تخريجه ص: (٢٣٦) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ١٢٨/٦، والدارقطني في سننه ١٤٥/٣، والبيهقي في سننه ٣٣/٨، وقال عنه ابن حزم: "هذا في غاية الصحة عن عثمان، ولا يصح في هذا شيء غير هذا عن أحد من الصحابة إلا ما ذكرنا عن عمر أيضاً أن يهوديا قُتل غيلة فقضى فيه عمر بن الخطاب باثني عشر ألف درهم" المحلى ٣٤٩/١٠.

مالك هذا الحديث في كتابه (الموطأ)، وهو حديث لم يتوطأ عليه، ولا قال به أحد من الفقهاء، والعمل به إنما تركوه - والله اعلم - لظاهر القـــرآن والسنة المجتمع عليها: فأما القران: فقوله تعالى ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾[١] ولم يقل بمثلي ما اعتدى عليكم، وكذلك قولـــه تعالى: ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦ﴾[٢].

وأما السنة: فإن النبي ﷺ قضى على الذي أعتق شقصاً[٣] لـــه في عبـــد بقيمة حصة شريكه بالعدل؛ لما ادخل عليه من النقص"[٤]، وضمن الصَّحفة[٥] التي كسرها بعض أهله بصحفة مثلها، وقال: "صحفة مثل صحفة"[٦].

---

(١) سورة البقرة، آية: ١٩٤.

(٢) سورة النحل، آية: ١٢٦.

(٣) الشقص بكسر الشين يطلق على الطائفة من الشيء والقطعة من الأرض، تقول: أعطاه شقصاً من ماله، أي: جزءاً منه، وقيل: هو قليل من كثير، وقيل: هو الحظ، ويقال: لك شقص هذا وشقيصه كما تقول نصفه ونصيفه، والجمع من كل ذلك: أشقاص وشقاص، والمراد به في الحديث: نصيب معلوم غير مفروز. انظر: تهذيب اللغة ٢٤٥/٨، لسان العرب ٤٨/٧.

(٤) أخرجه من حديث أبي هريرة: البخاري في صحيحه: كتاب الشركات، باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل، (٨٨٢/٢ح ٢٣٥٩) ومسلم في صحيحه: كتاب العتق، باب ذكر سعاية العبد (١١٤٠/٢ح ١٥٠٢).

(٥) الصحفة: إناء مسطح عريض كالقصعة، يجمع على صحاف. تهذيب اللغة ١٤٩/٤.

(٦) صحيح البخاري عن أنس: كتاب النكاح، باب الغيرة (٢٠٠٣/٥ح ٤٩٢٧).

قال: وأجمع العلماء على أنه لا يغرم من استهلك شيئاً إلا مثله أو قيمته... ثم ساق طرفاً من حديث عمرو بن العاص المتقدم، وأعقبه بقوله: "وهذا عند العلماء الذين يصححون هذا الحديث منسوخ بما يتلون من كتاب الله تعالى وسنة رسول الله ﷺ المجتمع عليها" (١).

قلت: ونقله -رحمه الله- للإجماع، وحكمه على أحاديث تضعيف الغرم بالنسخ كلاهما مما ينازعه فيه غيره، فقد نقل ابن تيمية -رحمه الله- خلافَ أهل العلم في العقوبة بإضعاف المال، وهو ثابت في مذهب أحمد بن حنبل كما سلف، بل لو ادعى مدع إجماع الصحابة على إضعاف الغرم لم يكن قوله ببعيد؛ فإنه لم يعرف لهم مخالف (٢).

والمصير إلى نسخ هذه الأحاديث انبنى على ما يخال من التعارض بينها وبين ظواهر الآي والأخبار الدالة على أن العقاب يكون بحسب الجرم، والضمان بقدر ما أتلف، وغير خاف أن التعارض لو سلم به فإنه لا ينتهض لنسخ شرع ظاهر محكم، وقضاء نبوي مبرم، كيف وأن الجمع ممكن بين نصوص هذا الباب، وذلك بتخصيص هذه القضايا من عموم النصوص الدالة على الجزاء بالمثل، أو يقال: إن تضعيف الغرم من باب

---

(١) الاستذكار ٧/٢٠٩-٢١٠، وانظر أيضاً: الأم ٦/١٩٨، شرح معاني الآثار للطحاوي ٣/١٤٦، ٤/١٩٦.

(٢) وقد حكى ابن حزم في (المحلى ١١/٣٢٤) إجماع الصحابة على ذلك. وانظر: مجموع الفتاوى ٢٨/٣٣٢، الطرق الحكمية ص: ٢٦٩.

التعزير الذي يفوض للإمام، فمتى رأى الحكم به لمصلحة كان له ذلك.

ويعجبني كلام ابن القيم في هذا الصدد إذا قال راداً على من ادعى النسخ في هذه الأحاديث: "وقد عرفت أنه ليس مع من ادعى النسخ نص ولا إجماع، فقول عمر وعلي والصحابة ومالك وأحمد أولى بالصواب بل هو إجماع الصحابة، فإن ذلك اشتهر عنهم في قضايا متعددة جداً، و لم ينكره منهم منكر، وعمر يفعله بحضرتهم، وهم يقرونه، ويساعدونه عليه، ويصوبونه في فعله، والمتأخرون كلما استبعدوا شيئاً قالوا: منسوخ، والعمل به متروك" (١).

(١) الطرق الحكمية ص: ٢٦٩.

المطلب الثالث
أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة

١- تضعيف الدِّية [(١)] على المسلم إذا قتل ذمياً [(٢)].

اختلف الفقهاء -رحمهم الله- في مقدار دية الذمي على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن ديته نصف دية المسلم، وهـذا مـذهب المالكيـة والحنابلة، إلا أن الحنابلة يرون تضعيفها في العمد، فتصير مثل دية المسلم[(٣)].

القول الثاني: أن دية الذمي ثلث دية المسلم، وهو مذهب الشافعية[(٤)].

---

(١) الدية في اللغة: واحدة الديات، والهاء عوض من الواو، تقول: وديت القتيل أديه دية إذا أعطيت ديته، وهي المال الذي يجب بدلاً عن القصاص، و اتديت أي: أخذت ديته، وإذا أمرت منه قلت: دِ فلاناً، وللاثنين دَيا، وللجماعة دَوُا فلاناً. لسان العرب ١٥/٣٨٣.

وهي في اصطلاح الفقهاء: "المال الواجب بجناية على الحر في نفس أو فيما دونها". مغني المحتاج ٤/٥٣.

(٢) عقد الذمة: يراد به: "التزام إقرار أهل الكتاب على كفرهم في ديار المسلمين وحمايتهم والذب عنهم ببذل الجزية والاستسلام من جهتهم، ومن يعطي الجزية منهم يسمى ذمياً، وهو: "كل كتابي عاقل بالغ حر ذكر متأهب للقتال قادر على أداء الجزية". الوسيط ٧/٥٥-٥٩.

(٣) انظر: الاستذكار ٨/١١٧، المغني ٨/٣١٢-٣١٣.

(٤) انظر: الأم ٧/٣٢١، المهذب ٢/١٩٧.

القول الثالث: أن دية الذمي مثل دية المسلم سواءاً بسواء، وهو مذهب الحنفية [١].

وسبب الخلاف في هذه المسألة: اختلاف النصوص والآثار الواردة في هذا الباب، وكل قول من هذه الأقوال له ما يؤيده من الحديث والأثر:

فاحتج من أوجب نصف الدية بحديث عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: "دية المعاهد نصف دية الحر" [٢].

وعنه ﷺ قال: "كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية ألاف درهم، ودية أهل الكتاب يومئذ النصف من دية المسلم، فلما كان عمر رفع دية المسلمين، وترك دية أهل الذمة لم يرفعها فيما رفع من الدية" [٣].

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢١٢/٣، بدائع الصنائع ٢٥٤/٧.

(٢) أخرجه بألفاظ مختلفة: أحمد في (المسند ١٨٠/٢) وأبو داود في السنن: كتاب الديات، باب دية الذمي (١٩٤/٤ح ٤٥٨٣) والترمذي في الجامع: أبواب الديات، باب دية الكفار (٢٥/٤ح ١٤١٣) وابن أبي شيبة في (المصنف ٤٠٧/٥) والدارقطني في (سننه ١٧١/٣) والبيهقي في (السنن الكبرى ٢٩/٨)، وقال الترمذي: "حديث عبد الله بن عمرو في هذا الباب حديث حسن" .

(٣) سنن أبي داود، كتاب الديات، باب الدية كم هي ؟ (١٨٤/٤ح ٤٥٤٢)، سنن البيهقي في (١٠١/٨)، (المحلى١٠/٣٩٨)، وأورده ابن عبد البر في (الاستذكار ٤١/٨).

واحتج الإمام أحمد على تغليظ الدية في العمد بقضاء الصحابة في تغليظها مثل ما روي عن عمر وعثمان -رضي الله عنهما- [١]، فرأى أن قضاءهما بالدية كاملة كان على سبيل التغليظ لمكان العمد [٢].

وأما من أوجب فيها الثلث: فعمدته: ما روي: "أن النبي ﷺ فرض على كل مسلم قتل رجلاً من أهل الكتاب أربعة آلاف درهم" [٣].

وعن عمر ﷺ أنه قال: "دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف" [٤].

وروي ذلك عن عثمان وعمر بن عبد العزيز -رضي الله عنهما-[٥].

---

(١) تقدم تخريج أثر عثمان ص: (٥٣١)، وأما أثر عمر: فقد أخرجه عبد الرزاق في (المصنف ٩٧/١٠) والدارقطني في (السنن ١٤٩/٣) وابن حزم في (المحلى ٣٤٩/١٠) وصححه، وأشار ابن حجر إلى ضعفه لضعف رجل في إسناده. انظر: (التلخيص الحبير ٢٥/٤) .

(٢) انظر: المغني ٣١٣/٨.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في (المصنف ٩٢/١٠) والدارقطني في (السنن ١٤٥/٣) والبيهقي في (السنن ١٠١/٨) وابن حزم في (المحلى ٣٥٦/١٠) وهو من مراسيل عمرو بن شعيب.

(٤) أخرجه الشافعي في الأم ٢٨٩/٤، والدارقطني ١٤٦/٣، وعبد الرزاق في المصنف ١٢٧/٦، والبيهقي في السنن ١٠٠/٨، وقال ابن عبد البر: "الآثار في هذا الباب عن عمر وعثمان مضطربة مختلفة منقطعة، فلا حجة فيها". الاستذكار ١١٨/٨.

(٥) أثر عثمان: أخرجه الإمام الشافعي في (الأم ٢٨٩/٤) وابن أبي شيبة في =

وأما من أوجب فيها دية كاملة مثل دية المسلم: فاحتج بظاهر قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ۚ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَـٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾[1].

قالوا: "والدية اسم لمقدار معلوم من المال بدلاً من نفس الحر؛ لأن الديات قد كانت معلومة معروفة بينهم قبل الإسلام وبعده، فرجع الكلام إليها في قوله في قتل المؤمن خطأً، ثم لما عطف عليه قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَـٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ كانت هذه الدية المذكورة بدلاً؛ إذ لو لم تكن كذلك لما كانت دية؛ لأن الدية اسم لمقدار معلوم من بدل النفس لا يزيد ولا ينقص، وقد كانوا قبل ذلك يعرفون مقادير الديات، و لم يكونوا يعرفون الفرق بين دية المسلم والكافر، فوجب أن تكون الدية المذكورة للكافر

= (المصنف ٥/٤٠٧) والبيهقي في (السنن ٨/١٠٠) وضعفه ابن عبد البر كما تقدم قريباً.

وأما أثر عمر بن عبد العزيز: فأخرجه ابن أبي شيبة في (المصنف ٥/٤٠٧) والرواية عنه مضطربة مختلفة، فروي عنه أنها على النصف، وروي عنه أنها على الثلث. انظر: (الاستذكار ٨/١١٨) .

(١) سورة النساء، آية: ٩٢.

هي التي ذكرت للمسلم، وأن يكون قوله تعالى: ﴿ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ ﴾ راجعاً إليها كما عقل من دية المسلم أنها المعتاد المتعارف عندهم، ولولا أن ذلك كذلك لكان اللفظ مجملاً مفتقرا إلى البيان، وليس الأمر كذلك" [1].

قالوا: وقد روى ابن عباس ﷺ أنه قال: "جعل رسول الله ﷺ دية العامريين دية الحر المسلم، وكان لهما عهد" [2].

وروي عن أبي بكر وعمر وعثمان ﷺ "أنهم كانوا يجعلون دية اليهودي والنصراني إذا كانوا معاهدين مثل دية المسلم" [3].

الموازنة والترجيح:

الأحاديث والآثار في هذه المسألة تشهد لهذه الأقوال جميعها، وما من اعتراض على واحد منها إلا ومثله يرد على دليل المخالف، وإذا كان الأمر كذلك فقد رام بعض أهل العلم ترجيح مذهب الشافعي -رحمه الله- ؛ لأنه أقل ما قيل في المسألة.

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢١٢/٣.

(٢) أخرجه الترمذي في الجامع:(٢٠/٤ح ١٤٠٤) والبيهقي في (السنن ١٠٢/٨) واتفقا على تضعيفه.

(٣) أخرجه الدارقطني في (السنن ١٢٩/٣) و لم يذكر أبا بكر، والبيهقي في (السنن الكبرى ١٠٢/٨)، وأورده ابن عبد البر في (الاستذكار ١١٨/٨) وحكم باضطرابه وضعفه.

قال ابن عبد البر: "التأويل سائغ في الآية للفريقين، والاختلاف موجود بين السلف والخلف من العلماء في مبلغ دية الذمي، وأصل الديات: التوقيف، ولا توقيف في ذلك إلا ما أجمعوا عليه، وقد أجمعوا عل أن أقل ما قيل فيه واجب، واختلفوا فيما زاد، والأصل: براءة الذمة...فلا يجب أن يؤخذ مال مسلم إلا بيقين، وأقل ما قيل يقين في ذلك" (١).

وهذا نظر صائب، لكن ما يشكل عليه: أن مال المسلم كما لا يحل أخذه إلا بيقين فكذلك الذمي لا يحل إهدار شيء من حقوقه إلا بيقين؛ والحكم بالثلث ليس يقيناً؛ لوجود دلائل النصف والتمام وصحة الخلاف فيهما، فكيف تبرأ ذمة مع وجود ذلك؟، وإذا كان كذلك فإنه ينقدح في النفس رجحان مذهب أبي حنيفة -رحمه الله-.

ودلائل ترجيح قوله أمور:

أحدها: أن له في ذلك أصلاً من كتاب الله عز وجل، والآية وإن لم تكن قطعية في ذلك فلا أقل من أنها أبين فيما ذكروه من غيرها (٢).

الثاني: أن هذا موافق للقاعدة العامة في باب معاملة أهل الذمة، وهي: "أنهم من رعايا دولة الإسلام لهم ما لنا وعليهم ما علينا" (٣).

وهذا يقتضي مساواتهم بالمسلمين في الدية، ولأنهم إنما بذلوا الجزية

---

(١) الاستذكار ٨/١٢٠-١٢١، وراجع وجه هذا الدليل في المستصفى ٣/٤٠٤.

(٢) انظر دلالة هذه الآية على المطلوب في أحكام القرآن للجصاص ٣/٢١٢.

(٣) انظر: الوسيط ٧/٧٩، حاشية ابن عابدين٤/١٢٨.

ليستووا برعايا الدولة في الحقوق والقضاء، دع ما صحت النصوص باستثنائه مثل عدم قتل المسلم بالكافر، فمثله لا يقدح في هذا الأصل العام.

الثالث: أن ما روي من الأخبار في تنصيف الدية أو أنها على الثلث إذا صحت فهي محمولة على أن ذلك كان قضاء، والقضاء ربما اقترن به من الأسباب ما يوجب مثل هذا الحكم في بعض المواضع، والذي يدل لهذا: أثر الإمام الزُّهري [1] - رحمه الله - إذ قال: "دية اليهودي والنصراني وكل ذمي مثل دية المسلم، وكذلك كانت على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي ﷺ، حتى كان معاوية فجعل في بيت المال نصفها، وأعطى أهل المقتول نصفها، ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية، وألغى الذي جعله معاوية في بيت المال، قال: وأحسب أن عمر ﷺ رأى ذلك النصف الذي جعله معاوية في بيت المال

---

(١) محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب الزهري أبو بكر القرشي، من أعيان السلف الصالح وأحد بحار العلم ودواوين السنة، اجتمع الناس على إمامته وجلالته ووفور علمه، قال ابن القاسم : "سمعت مالكاً يقول : بقي ابن شهاب وما له في الناس نظير"، وقال عنه الليث بن سعد: "ما رأيت عالماً قط أجمع من ابن شهاب، يحدث في الترغيب، فتقول: لا يحسن إلا هذا، وإن حدث عن العرب والأنساب، قلت: لا يحسن إلا هذا، وإن حدث عن القرآن والسنة، كان حديثه بدعاً جامعاً ". توفي سنة ١٢٤هـ وقيل ١٢٣هـ .

انظر ترجمته في: وفيات الأعيان ١٧٧/٤، سير أعلام النبلاء ٣٢٦/٥.

ظلماً منه، قال الزهري: فلم يقض لي أن أذاكر بذلك عمر بن عبد العزيز فأخبرَه أن الدية قد كانت تامة لأهل الذمة، فقيل للزهري: إن سعيد بن المسيب قال: "ديته أربعة آلاف" فقال: إن خير الأمور ما عرض على كتاب الله: قال الله عز وجل: ﴿فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦ﴾[1] .

وكذلك ما نقل من أن دية أهل الذمة على الثلث يمكن حمله على أنه قضى بثلث الدية في سنة واحدة، فظن الراوي أن ذلك جميع ما قضى به، وعند تعارض الأخبار يترجح المثبت للزيادة[2].

والحاصل: أن هذه المسألة مما يقوى فيه التعارض، وإذا حملت الأخبار الواردة في هذا الباب على أن الأمر في تقدير ديات أهل الذمة موكول إلى اجتهاد القاضي، وأن أقضية الصحابة في ذلك كانت من قبيل قضايا الأعيان التي يحتف بها ما يوجب تميزها عن غيرها فهو جمع حسن، وإذا أخذ بظاهر الآية وما نقل عن بعض الصحابة من تسويتهم بين دية المسلم والذمي فهو أولى إن شاء الله؛ لأنه أوفق للعدل الذي هو رمز الشريعة وأسها، وقد يكون من مقاصد ذلك ترغيب الناس في اعتناق دين يحكم بالعدل والمساواة، والله تعالى أعلم.

---

(١) سورة النساء، آية: ٩٢، وأثر الزهري أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٩٥/١٠، والبيهقي في السنن ١٠٢/٨، وقدح فيه بالإرسال.

(٢) انظر: المبسوط ٨٥/٢٦.

٢- تضعيف الدية على الأعور إذا قلع عين الصحيح:

اتفق الفقهاء على أن الأعور إذا فقأ عين صحيح خطأً فليس للصحيح عليه إلا نصف الدية، قال ابن قدامة: "ولو قلع الأعور إحدى عيني الصحيح خطأ لم يلزمه إلا نصف الدية بغير اختلاف؛ لعدم المعنى المقتضي لتضعيف الدية" (١).

واختلفوا إذا قلع الأعور عيناً لصحيح مماثِلةً لعينه عمداً على قولين:

القول الأول: أن الصحيح الذي فقئت عينه مخير إن شاء فقأ عين الأعور، وإن شاء أخذ دية عين واحدة، وليس له غير ذلك، وهذا مذهب الأحناف، والشافعية، وأهل الظاهر(٢).

القول الثاني: أنه بالخيار إن شاء اقتص، وإن شاء أخذ دية عينين، وهو مذهب المالكية (٣).

القول الثالث: ليس على الأعور قصاص، وعليه دية كاملة، وهو مذهب الحنابلة (٤).

---

(١) المغني ٢٦٢/٨، وانظر: بدائع الصنائع ٢٩٧/٧، الأم ٣١٥/٧، الاستذكار لمذاهب علماء الأمصار ٨٢/٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٩٨/٧، ٣١١، الأم ٣١٥/٧، المحلى ٤١٩/١٠.

(٣) انظر: المدونة ٤٠٩/١٦، الاستذكار ٨١/٨-٨٢.

(٤) انظر: المغني ٣٤٣/٨، الإنصاف ١٠٣/١٠.

الأدلة :

استدل أصحاب القول الأول لجواز القصاص بقوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ ﴾ (١).

واستدلوا لنصف الدية بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "في النفس مائة من الإبل، وفي العين خمسون" (٢).

واستدل المالكية للقصاص بالآية المتقدمة، ولتمام الدية بما روي أن عمر وعثمان - رضي الله عنهما - قضيا في عين الأعور بدية كاملة (٣).

قالوا: فحيث درأنا عنه القصاص مع إمكانه لزمته دية عينه كاملة، وهذا قضاء الصحابة، ولا يعرف لهم مخالف، فكان كالإجماع (٤).

---

(١) سورة النساء، آية: ٤٥.

(٢) جزء من حديث عمرو بن حزم أخرجه مالك في الموطأ (٨٤٩/٢) والنسائي في المجتبى: كتاب القسامة (٥٩/٨ح ٤٨٥٦) وعبد الرزاق في المصنف (٣٢٦/٩) وابن أبي شيبة في المصنف: (٣٥٦/٥) والدارقطني في السنن (٢٠٩/٣) والبيهقي في السنن (٩٣/٨)، واختلف النقاد في هذا الحديث فمنهم من ضعفه، واستظهر غير واحد حسنه. انظر في ذلك: التلخيص الحبير (١٧/٤) إرواء الغليل (٣١٤/٧).

(٣) أخرج هذه الآثار: عبد الرزاق في المصنف (٣٣١/٩) وابن أبي شيبة في المصنف (٣٧٠/٥)، والبيهقي في السنن (٩٤/٨)، وابن حزم في المحلى (٤١٨/١٠- ٤١٩) وهي آثار حسنة كما في إرواء الغليل (٣١٥/٧) .

(٤) انظر: الاستذكار٨٧/٨، المغني ٢٦١/٨، ٣٤٣.

وأما الحنابلة: فاستدلوا لإسقاط القصاص بما روي "أن عثمان ﷺ رفع إليه أعور فقأ عين صحيح، فلم يقتص منه، وقضى فيه بالدية كاملة" (١).

الموازنة والترجيح:

ظاهر القرآن أن في العين القصاص كانت واحدة أو اثنتين، وظاهر قوله ﷺ: "وفي العين خمسون"، أنه إذا حصل العفو فليس للمجني عليه إلا نصف الدية، ولكن صح عن عمر وابنه عبد الله وعثمان بن عفان ﷺ أنهم قضوا بأن في عين الأعور دية كاملة، وهذا أخلق بالاتباع متى حصل العفو؛ لأن الحديث ليس متفقاً على صحته.

ولكن يبقى النظر في عموم قوله تعالى: ﴿وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ﴾ مع ما نقل من قضاء عثمان ﷺ من إسقاطه للقصاص، وما يسند هذا الأثر من القياس الذي ذكره الحنابلة، وهو: "أن قلع عين الأعور تتضمن إذهاب البصر كله، فوجبت الدية كما لو أذهبه من العينين، ودليل ذلك: أنه يحصل بها ما يحصل بالعينين، فإنه يرى الأشياء البعيدة، ويدرك الأشياء اللطيفة، ويعمل أعمال ذوي الأبصار، ويجوز أن يكون قاضياً وشاهداً، فوجب في بصره دية كاملة كما في العينين" (٢).

وهذا القياس على وجاهته لا يقوى على معارضة عموم الآية، ثم هم لم

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في (المصنف ٩/٣٣٣) والبيهقي في (السنن ٨/٩٤) وابن حزم في (المحلى ١٠/٤١٨-٤١٩) وضعف جميع الآثار الواردة في هذا الباب.

(٢) المغني ٨/٣٤٢.

يطردوه فيمن له أذن ويد واحدة مع ظهور عدم الفرق، وأثر عثمان ضعيف[١].

فالذي يبدو لي أن القاضي يجتهد في الصلح في هذه المسألة، ولعل تضعيف الدية مما يرغب في العفو، فيحكم به اتباعاً لقضاء الصحابة وتطييباً لخاطر الجاني والمجني عليه هذا بالعفو عنه، وهذا بدرء الحد عنه، والله تعالى أعلم بالصواب.

٣- تضعيف الدية على الصبي إذا قتل عمداً:

أجمع العلماء على أن الصبي لا قصاص عليه إذا قتل عمداً؛ لارتفاع التكليف عنه، ولأنه لا يتصور منه قصد صحيح كما يتصور من البالغ [٢].

وجمهورهم على أن عاقلة [٣] الصبي هي التي تتحمل عنه الدية [٤].

---

(١) انظر: المحلى ١٠/٤١٩-٤٢٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٨٠، الاستذكار ٨/٥٦-٥٧، المهذب ٢/١٧٣، المغني ٨/٢٢٦.

(٣) العاقِلة: جمع عاقل وهو: الذي يدفع الدية عن القاتل، وسميت الدية عقلاً؛ لأن الإبل كانت تعقل في فناء بيت ولي القتيل، أو لأنها تعقل لسانه عن المطالبة بالدم والثأر من القاتل. المصباح ٢/٤٢٢.

ويختلف الفقهاء في تحديد العاقلة ما بين موسع ومضيق، فمنهم من يخصها بالعصبة كما هو مذهب الشافعية والحنابلة، ومنهم من يعمها في عشيرة القاتل وعصبته كما هو مذهب الأحناف والمالكية. انظر: بدائع الصنائع ٧/٢٥٥، المدونة ١٦/٣٩٧، المهذب ٢/٢١٢، الإنصاف ١١/١١٩.

(٤) وخالف في هذه المسألة الشافعية في أظهر القولين عندهم، فأوجبوا الدية في =

واختلفوا في مقدار الدية وتغليظها على قولين:

القول الأول: أن الدية تجب مخففة، ووجه تخفيفها: أنها على عاقلة الصبي، وأنها تؤجل في ثلاث سنين، وتؤخذ منهم أخماساً على ما جاء في حديث عبد الله بن مسعود ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ " في دية الخطأ عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون بني مخاض ذكر" [1].

وإلى هذا القول ذهب الأحناف والمالكية والحنابلة، وهو مقابل الأظهر عند الشافعية [2].

= مال الصبي؛ لأنهم يرون عمد الصبي كعمد البالغ. انظر: المبسوط ٨٦/١٦، الأم ٢٩/٦، مغني المحتاج ١٠/٤، الاستذكار ٥٠/٨، المغني ٣٠٠/٨.

(١) الموطأ (٨٥١/٢) سنن أبي داود: كتاب الديات، باب الدية كم هي (٤/ ١٨٤ ح:٤٥٤١) سنن ابن ماجه: كتاب الديات، باب دية الخطأ (٨٩٧/٢ح:٢٦٣١) جامع الترمذي: أبواب الديات، باب ما جاء في الدية كم هي (١٠/٤ح ١٣٨٦) سنن النسائي: كتاب القسامة، باب أسنان الخطأ (٢٣٤/٤ح ٧٠٠٥)، وأخرجه الدارقطني في (السنن ١٧٣/٣) وقال: "هذا حديث ضعيف غير ثابت من وجوه عدة" وانظر: (نصب الراية ٤١٧/٤) .

(٢) أسنان الإبل المذكورة في هذا الحديث متفق عليها بين الفقهاء في الجملة، إلا أن المالكية والشافعية يجعلون مكان بني مخاض بني لبون. انظر: بدائع الصنائع ٢٥٤/٧-٢٥٦، الأم ٢٩/٦، ١١٢- ١١٣، الاستذكار ٤٢/٨، ٥٣، المغني ٢٩٦/٨-٢٩٧.

القول الثاني: أن الصبي إذا قتل عمداً وكان من أهل التمييز لزمته الدية في ماله، وأنها تجب مغلظة كالشأن في قتل العمد، ووجه تغليظها: أنها تجب على الصبي في ماله، ولا تحملها العاقلة، وتجب حالة ومثلثة: ثلثهن حقة، وثلثهن جذعة، وأربعون خلفة، وهي الحوامل، ويسمى هذا تغليظاً بالسن، وإلى هذا ذهب الشافعية في أظهر القولين عندهم، وهي رواية عند الحنابلة [(١)].

سبب الخلاف:

منشأ اختلاف الفقهاء -رحمهم الله- في هذه المسألة: هو اختلافهم في عمد الصبي هل يعطى حكم العمد أم حكم الخطأ ؟، فمن أوجب عليه دية مخففة -وهم جمهور أهل العلم- رأوا أن عمد الصبي خطأ، ودية الخطأ مخففة، وقد أيدوا ذلك بأثر ومعقول:

أما الأثر: فما روي عن عمر -رضي الله عنه- أنه قال: "عمد الصبي وخطؤه سواء" [(٢)].

وقال الإمام الزهري: "مضت السنة أن عمد الصبي خطأ" [(٣)].

---

(١) الأم ٢٩/٦، ١١٣، روضة الطالبين ١٥٦/٩، مغني المحتاج ١٠/٤، قواعد ابن رجب ٦٣/٣، الإنصاف ٥٩/١٠-٦٠، ١٣٣، وانظر: اختلاف الفقهاء في أسنان دية العمد في: الاستذكار ٤٣/٨، المغني ٢٩٣/٣.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن: ٦١/٨، وضعفه.

(٣) المصنف لعبد الرزاق (٤٥٧/٩) وأورده ابن عبد البر في (الاستذكار ٥٠/٨).

وأما المعقول فقد قالوا: "إن العمد في باب القتل ما يكون محظوراً محضاً؛ ولهذا علق الشرع به ما هو عقوبة محضة لقوله ﷺ : "العمد قود" [١]، وفعل الصبي لا يوصف بذلك؛ لأنه ينبني على الخطاب، فلا يتحقق منه العمد شرعاً في باب القتل، فهذا وجه.

والوجه الثاني: أن العمد: عبارة عن قصد معتبر في الأحكام شرعاً، فأصل القصد يتحقق من البهيمة، ولا يوصف فعلها بالعمدية، وقصد الصبي كذلك؛ لأنه غير صالح لبناء أحكام الشرع عليه، فاعتبار قصده شرعا فيما ينفعه لا فيما يضره.

وثمة وجه ثالث: وهو أن خطأ البالغ إنما كان على عاقلته لمعنى النظر والتخفيف على القاتل بعذر الخطأ، والصبي في ذلك أقوى من صفة الخطأ" [٢].

وأما من رأى أن عمد الصبي عمد: فحجته: أن العمد لغة: القصد؛ لأنه ضد الخطأ، فمن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد، إلا أنه ينبني على هذا القصد حكمان: أحدهما: القود، والآخر: الدية في ماله حالة،

---

(١) الحديث بهذا اللفظ أخرجه من حديث عبد الله بن عباس: الدارقطني في (السنن ٩٤/٣) وابن أبي شيبة في (المصنف ٤٣٦/٥) ومن طريقه: ابن حزم في (المحلى ١٨٠/١٠) وضعفه، وكذلك حكم عليه الحافظ ابن حجر في (التلخيص الحبير ٢١/٤).

(٢) المبسوط ٨٦/٢٦-٨٧، وانظر: المغني ٣٠٠/٨.

والصبي ليس من أهل أحد الحكمين وهو العقوبة؛ فيجب عليه موجبه الآخر وهو المال؛ لأنه أهل لوجوبه عليه كما في غرامات الأموال، فيلزمه ذلك بمنزلة فعل السرقة يسقط عنه القطع، ويلزمه الضمان، فمحال أن يكون عمد الصبي خطأً [١].

الموازنة والترجيح:

الناظر في حجج الفريقين لا يمتري في ترجيح مذهب الإمام الشافعي -رحمه الله-؛ وذلك لأمرين:

أحدهما: صحة ما ذكره من المعقول، فإن جعل العمد خطأً خلاف الواقع والحقيقة، فهو من قبيل المستحيل وقلب الحقائق، ولذلك قال في (الأم): "فإن قال قائل: فقتل الصبي والمعتوه خطأ، قيل له: محال أن تزعم أنه خطأ وهو عمد" [٢].

فإن قيل: إنما ذلك بإعطاء العمد حكم الخطأ لا بجعله عمداً؛ فالجواب: أن الشرع فرق بين العمد والخطأ في جملة أحكامه، فكيف يستويان ؟، ولا يصح في جعل عمد الصبي خطأً أثر ولا نظر، وما تقدم عن عمر رضي الله عنه قد حكم عليه النقاد بالضعف والانقطاع، وما عداه من الآثار هي بنفسها مفتقرة إلى الدليل.

الثاني: أن القصد من الصبي المميز متحقق، بل قد يكون قصده أبلغ

(١) انظر: الأم ٣١١/٧. وتقرير هذا الوجه مأخوذ من المبسوط ٨٦/٢٦.

(٢) الأم ٣١١/٧.

من قصد بعض البالغين، وهذا لا ينكر، وإنما سقط عنه القصاص بمحض التعبد، ولولا النص لجاز في العقل أن يقتص منه؛ لحصول الزجر باقتصاصه، ولكن لما كان الصغر في الغالب لا يحمل على سفك الدماء استغني به عن العقوبة، وحيث درئ عنه الحد لهذا المعنى فقد كان من المناسب أن يعاقب بما يوجب ردعه، ولا جرم أن تضعف الدية عليه في ماله لكونه عمداً محضاً.

وقد قال ابن عبد البر : "ومن الحجة لقول الشافعي: قول ابن عباس وغيره: "العاقلة لا تحمل عمداً" [(١)] يريدون العمد الذي لا قود فيه، كعمد الصبي وما أشبهه مما لا قصاص فيه" [(٢)].

❁❁❁❁

---

(١) انظر الآثار في هذا في سنن الدارقطني (١٧٧/٣) والمحلى (٤٨/١١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٧٧/٣)، وفي جميعها مقال لأهل العلم بالحديث تجده في التلخيص الحبير (٣١/٤)، لكن أشار ابن عبد البر إلى أنه لا يعرف للصحابة مخالف، وأن: "الذي عليه أهل العلم بالحجاز والعراق وأتباعهم في سائر البلدان أن العاقلة لا تحمل عمداً ولا اعترافاً ولا صلحاً من عمد كما قال ابن عباس رضي الله عنه". الاستذكار (١٠١/٨، ١٢٨) .

(٢) الاستذكار ٥١/٨.

المبحث الخامس
الحكم بنقيض القصد الفاسد

تعد هذه القاعدة من قواعد السياسة الشرعية التي تهدف إلى إصلاح نوايا المكلفين، وحملهم على الجادة المقتضية للعدل والإنصاف ودفع الحيف والإضرار بالناس، وهي ترجع إلى النظر المصلحي وقاعدة الذرائع؛ إذ إن العقوبات في جملتها إنما وضعت لتحقيق المصالح ودفع المفاسد، وقد صرح المحققون من الأئمة برجوعها إلى هذين الأصلين [1].

وتبدو أهمية هذه القاعدة في أنها تُعرِّف بجانب من جوانب حنكة التشريع الإسلامي في القضاء والسياسة الشرعية، وكيف أنها أبطلت على أصحاب الحيل مقاصدهم، وقابلتهم بنقيضها، وسدت عليهم الطرق التي فتحوها للتحيل الباطل، وهي سنة أقرها الله في خلقه شرعاً وقدراً، وأجراها في مسائل وأحكام لا تحصى من كثرتها [2].

وجلي أن العقوبات في جملتها إنما هي من اختصاص القضاء، فلا أحد غيره يملك سلطة لتنفيذها على المخالفين، ولذلك صح إدراج هذه القاعدة ضمن قواعد الحكم القضائي، وفيما يلي بيان مفادها ومنزلتها في الفقه مع التمثيل لها بما يتمم بيانها، وهذه مطالب لاستجلاء ذلك:

---

(١) انظر: بداية المجتهد٢/٢٧٠، منهاج السنة ٣/٤٣٢، الموافقات ١/٤٠٣.

(٢) انظر: إغاثة اللهفان ١/٣٥٧-٣٦٠.

المطلب الأول
شرح القاعدة وبيان معناها

"النقيض": فعيل بمعنى فاعل من "النقض"، وهو إفساد ما أُبرم من عقد أو بناء، ونقيض كل قضية: رفع تلك القضية، فإذا قيل مثلاً: النبيذ حرام، فنقيضها: أنه ليس كذلك، فهو بمعنى: الضد والمقابل، وهذا هو المعنى المراد هنا [١].

و"الفاسد": فاعل من الفساد، وهو تغير الحال واختلاف المقصود من العين، والمراد به هنا: العمل الذي لا يترتب عليه الأثر المقصود منه؛ لسوء القصد والنية [٢].

ومعنى القاعدة: أن من سعى في تحصيل شيء ما على وجه محرم إما لإضراره بغيره أو لتحصيله مصلحة نفسه قبل أوانها فإنه يعاقب بخلاف ما أراده من فعله، فيمنع مما أراد تحصيله، ويلزم بما أراد تفويته [٣].

---

(١) انظر: التعريفات ص: ٣١٥، لسان العرب ٧/٢٤٢.

(٢) انظر: التعريفات ص: ٢١١، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٣/٣٠.

(٣) انظر: الطرق الحكمية ص: ٥٣، درر الحكام ١/٨٧.

المطلب الثاني
أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم

العمل بمضمون هذه القاعدة عليه جميع المذاهب الأربعة، وهم في إعمالهم لها ما بين موسع ومضيق، ولعل أكثرهم أخذاً بها هم المالكية؛ إذ نجد أنهم يعللون بها كثيراً من تكاليف الشرع في العبادات ومعاملات، ثم الحنابلة بعدهم، ثم الشافعية والحنفية في الرتبة الأخيرة [1].

---

(١) وهذا ترتيب اجتهادي، وربما كان الأمر بخلافه، وقد استندت في ذلك إلى أمرين:
أحدهما: أن ابن القيم - رحمه الله - كثيراً ما يسند العمل بهذا الأصل إلى الإمامين مالك وأحمد على وجه الأكثرية، كقوله: "وهذا القول (يعني إيجاب الزكاة على المتحايل لإسقاطها) هو الفقه بعينه، ولا سيما على أصول مالك وأحمد في مقابلة العبد بنقيض قصده". إعلام الموقعين ٩٧/٤، ويقول في موضع آخر: " وبعد فالتحريم (يعني تحريم المرأة على من قتل زوجها ليتزوجها) مطرد على قواعد أحمد ومالك من وجوه متعددة، منها: مقابلة الفاعل بنقيض قصده" إغاثة اللهفان ٣٥٧/١.
ثم نظرت في كتب المذهبين فألفيت المالكية أكثر تعليلاً بها من الحنابلة. انظر على سبيل المثال: الذخيرة للقرافي ١٩٣/٤، ٢٨/٧، ٢٩، مواهب الجليل للحطاب ٤١١/١، ٤٤٤/٢، ٤١٥/٣.
الثاني: قلة التعليل بها في بقية المذاهب أعني مذهب الأحناف والشافعية، وإن كانوا هم أيضاً أدرجوها ضمن أبحاثهم في القواعد، لكن الشأن في المكثر والمقل، والله تعالى أعلم.

وقد وردت هذه القاعدة بصيغ مختلفة متقاربة أشهرها:

١- "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه" (١).

٢- "من الأصول: المعاملة بنقيض المقصود الفاسد" (٢).

٣- "ما ربط به الشارع حكماً، فعمد المكلف إلى استعجاله لينال ذلك الحكم، فهل تفوت عليه معاملة له بنقيض قصده، أو لا لوجود الأمر الذي علق عليه الشارع الحكم" (٣).

٤- "من تعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه" (٤).

ويلاحظ هنا أن القاعدة لم يخل مذهب من المذاهب الأربعة من ذكرها، فهي إذن من الأصول المتفق عليها بين هذه المذاهب كما سلف، وكلهم يعلل بها في الأحكام (٥).

---

(١) انظر: المنثور ٣/٢٠٥، إيضاح المسالك ص: ١٣٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ١٥٢، والأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٩٠.

(٢) إيضاح المسالك ص: ١٣٦.

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/١٦٨.

(٤) قواعد ابن رجب ٢/٤٠٤.

(٥) انظر مسائل عللت بالقاعدة في الذخيرة ٤/١٩٣، ٧/٢٨، الوسيط ٤/٤٠٩، مغني المحتاج ٤/١٤٨، المغني ٢/٢٨٥، ٦/١٢٦، ٢٦٨، المحصول ٥/٢٣١، إعلام الموقعين ٢/١١٧، ١٨٠، ٣/٢٤٦، ٤/٩٧، الموافقات ١/٤٠٥، التقرير والتحبير٣/١٩٩.

وقد خالفهم جميعاً في الاعتداد بها أبو محمد بن حزم، إذ ذهب إلى القول بأن مضمون القاعدة لا تسنده حجة من نقل ولا عقل.

قال -رحمه الله-: "قالوا: من تعجل شيئا قبل وقته، فواجب أن يحرم عليه في الأبد كالقاتل العامد يمنع الميراث، قال أبو محمد: وهذا من أسخف قول، فمن أين وضع لهم تحريم الميراث على القاتل؟، ولا نص يصح فيه ولا إجماع، ثم من أين لهم أن من تعجل شيئاً قبل وقته وجب أن يحرم عليه أبداً، وأين نص جاء بهذا ؟، أو أي عقل دل عليه ؟، ثم لو صح لهم أن القاتل يمنع من الميراث فمن أين لهم أن ذلك لتعجيله إياه قبل وقته؟.

قال: وكل هذا كذب وظن فاسد وتخرص بالباطل، ويلزمهم إن طردوا هذا الدليل السخيف أن يقولوا فيمن غصب مال موروثه أن يحرم عليه إلى الأبد؛ لأنه استعجله قبل وقته، وأن يقولوا في امرأة سافرت في عدتها أن يحرم عليها السفر أبداً، ومن تطيب في إحرامه أن يحرم عليه الطيب أبداً، وأن يقولوا فيمن اشتهى شيئاً وهو صائم في رمضان فأكله أو وطيء جاريته أو أمته وهو صائم في رمضان أو وهي حائض أن يحرم عليه ذلك الطعام في الأبد، وتحرم عليه تلك الأمة أو امرأته في الأبد؛ لأنه تعجل كل ذلك قبل وقته" [1].

وهذا التحامل على الفقهاء -رحمهم الله- في أخذهم بالقاعدة ليس له ما يبرره إلا ما يخال من أنهم مجانبون للصواب، والحق - إن شاء الله-

---

(١) المحلى ٩/٤٧٩-٤٨٠.

أن الصواب كائن في جانبهم؛ وذلك لأدلة كثيرة نقتصر منها على ما يلي:

١- قول الله جل شأنه : ﴿ قَالَ فَٱهْبِطْ مِنْهَا فَمَا يَكُونُ لَكَ أَن تَتَكَبَّرَ فِيهَا فَٱخْرُجْ إِنَّكَ مِنَ ٱلصَّٰغِرِينَ ﴾[1].

بين الله تعالى في هذه الآية الكريمة أنه عامل إبليس اللعين بنقيض قصده حيث كان قصده التعاظم والتكبر، فأخرجه الله صاغراً حقيراً ذليلاً متصفاً بنقيض ما كان يحاوله من العلو والعظمة [2].

٢- قوله تعالى: ﴿ إِنَّا بَلَوْنَٰهُمْ كَمَا بَلَوْنَآ أَصْحَٰبَ ٱلْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا۟ لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ ﴿١٧﴾ وَلَا يَسْتَثْنُونَ ﴿١٨﴾ فَطَافَ عَلَيْهَا طَآئِفٌ مِّن رَّبِّكَ وَهُمْ نَآئِمُونَ ﴿١٩﴾ فَأَصْبَحَتْ كَٱلصَّرِيمِ ﴾ [3].

فهؤلاء أصحاب الجنة - وهي البستان المثمر - لما عزموا على منع ما وجب عليهم من حق الزكاة عوقبوا بنقيض قصدهم، فأذهب الله ما بأيديهم بالكلية، رأس المال والربح والصدقة، فلم يبق لهم شيء [4].

٣- أن الأسباب التي وضعها الشارع أسباباً لتحقيق المصالح كالموت للميراث، والطلاق لانفصام الزوجية ونحوها لا تكون أسباباً مشروعة إلا إذا تحققت على وجه مشروع، وإلا كان ذلك مناقضة لقصد الشارع، فإن الشارع لم يجعل القتل ولا الطلاق التعسفي ولا الغصب والسرقة من

---

(١) سورة الأعراف، آية: ١٣.

(٢) انظر: أضواء البيان ٢/١٠.

(٣) سورة القلم، آية: ١٧-٢٠.

(٤) انظر: تفسير ابن كثير ٤/٤٠٨.

أسباب ما رتب عليها من المصالح، بل حرمها، وسد الطرق المفضية إليها، فكيف يجعل ما هو محرم طريقاً لما هو مباح، هذا محال في الشرع [١].

وعلى الجملة فعامة دلائل العمل بالذرائع تشهد لهذه القاعدة، وقد أفاض ابن القيم في ذكر شواهدها من القرآن والسنة وعمل سلف الأمة، فذكر نحواً من عشرين دليلاً وواقعة تدل على صحة المعاملة بنقيض القصد الفاسد، وقال: "من تأمل الشريعة ورزق فيها فقه نفس رآها قد أبطلت على أصحاب الحيل مقاصدهم، وقابلتهم بنقيضها، وسدت عليهم الطرق التي فتحوها للتحيل الباطل ... وهذا باب واسع جداً عظيم النفع، فمن تدبره يجده متضمناً لمعاقبة الرب سبحانه من خرج عن طاعته بأن يعكس عليه مقصوده شرعاً وقدراً دنيا وأخرى، وقد اطردت سنته الكونية سبحانه في عباده بأن من مكر بالباطل مكر به، ومن احتال احتيل عليه، ومن خادع غيره خدع" [٢].

وإذا تبين صحة هذه القاعدة وصدقها فإن ما ذكره ابن حزم -رحمه الله- من صور النقض لا تقدح في القاعدة؛ لأن المعاملة بنقيض القصد إنما تختص بما يغلب عليه أن يكون طريقاً للحرام وتلحق صاحبَه التهمةُ بذلك، وهذا مثل قتل المورث؛ فإنه مظنة لسوء القصد، بخلاف ما ذكره من الصور فإنها ليست مظنة لهذا القصد ولا يغلب فيها ذلك، ولهذا قال

---

(١) انظر: الموافقات ١/٤٠٤-٤٠٥.

(٢) إغاثة اللهفان ١/ ٣٥٧-٣٦٠ .

بعض المحققين: إن من قتل رجلاً، ثم أراد أن يتزوج امرأته لم يمنع منـــها؛ فإنَّ قتله لتزوجِها لا يكاد يقصد، إذ التفات الرجل إلى امرأة غيره بالنسبة إلى التفات الورثة إلى مال المورث قليل، وكونه يقتله ليتزوجها فهذا أقل، فلذلك لم يشرع أن من قتل رجلاً حرمت عليه امرأته كما شرع أن من قتل مورثا منع ميراثه، لكن إذا قتله ليتزوج بها، وظهر قصـــده بشـــواهد الحال، فقد وجدت الحكمة فيه، فيعاقب بنقيض قصده، وهكذا من أنفـــق من النصاب قبيل حلول الحول؛ فإنه لا تتحقق فيه التهمة بيقين؛ إذ قد ينفقه للحاجة إليه، ولكن إذا ظهر منه القصد إلى رفع الزكاة أخذت منه [(١)].

ثم يقال: وحيثما ألفي فرع لا يندرج تحت القاعدة فإنه يحكم لـــه بالشذوذ لدليل شذ به عن نظائره، ولا يكون ذلك قدحاً في القاعدة، وإلا لم تصح قاعدة البتة، والله تعالى أعلم .

---

(١) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/٢٦٨، الموافقات ١/٤٢٢-٤٢٣، فتح الباري ١٢/٣٣١.

المطلب الثالث

أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة

١- حرمان قاتل مورثه من الميراث:

اتفق الفقهاء -رحمهم الله- على أن الوارث إذا قتل مورِّثه عمداً عدواناً فإنه لا يرث من ماله شيئاً، وعلى هذا جمهور السلف والخلف، وجميع المذاهب الأربعة (١).

قال ابن عبد البر: "أجمع العلماء على أن القاتل عمداً لا يرث من مقتوله إلا فرقة شذت عن الجمهور، وكلهم أهل بدع" (٢).

واختلفوا في القتل الخطأ هل يوجب الحرمان من الميراث على ثلاثة أقوال مشهورة:

القول الأول: أن القاتل لا يرث من قتيله بحال سواء كان القتل عمداً أو خطأً، بإكراه أو بدونه، وسواء كان بسبب أو بمباشرة، وسواء كان قتلاً بحق كقتل القاضي ونائبه أو بغير حق، كل ذلك مانع من

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١/٤٤، الاستذكار ٨/١٤٠، الأم ٤/٧٢، المغني ٦/٢٤٤.

(٢) الاستذكار ٨/١٣٩، وقد خالف في هذه المسألة أبو محمد بن حزم، فرأى أن منع القاتل من الميراث لا يصح فيه نص ولا إجماع، وحكي مثله عن سعيد بن المسيب وابن جبير والخوارج.

انظر: المحلى ٩/٤٧٩، المغني ٦/٢٤٤.

الإرث، وهذا هو القول الصحيح عند الشافعية [(١)].

القول الثاني: أن القتل المانع من الإرث هو القتل بغير حق عمداً كان أو خطأً، وكذلك ما جرى مجرى الخطأ كانقلاب نائم على شخص، أو سقوطه عليه من سطح ونحو ذلك، وما عدا ذلك لا يمنع الميراث كالقتل قصاصاً أو حداً أو دفاعاً عن النفس ونحو ذلك مما هو قتل بحق، وهذا على الجملة مذهب الأحناف والحنابلة، إلا أن الأحناف يخالفون الحنابلة في شيئين:

أحدهما: أنهم يشترطون في القتل أن يكون بمباشرة، أما لو كان بتسبب فلا يمنع الميراث.

الثاني: أنهم يورثون القاتل إذا كان صبياً أو مجنوناً [(٢)].

القول الثالث: أن القتل المانع من الإرث هو القتل العمد، أما الخطأ فإنه لا يمنع الإرث إلا من الدية، فليس لقاتلٍ خطأً حظ منها، وهذا مذهب مالك بن أنس وداود الظاهري وأحد قولي الإمام الشافعي حكاه عنه ابن عبد البر [(٣)].

---

(١) انظر: الأم ٦/٤٣، المهذب ٢/٢٤، مغني المحتاج ٣/٢٥.

(٢) انظر: المبسوط ٣٠/٤٦-٤٧، حاشية ابن عابدين ٦/٧٦٧، المغني ٦/٢٤٤.

(٣) انظر: الموطأ ٢/٨٦٨، الاستذكار ٨/١٤١، المغني ٦/٢٤٤.

الأدلة:

استدل الشافعية لمذهبهم بعموم نصوص السنة الدالة على أن القتل مانع من الإرث بإطلاق، منها: قول النبي ﷺ: "ليس للقاتل من الميراث شيء" (١).

وقوله - عليه الصلاة والسلام - للذي قتل امرأته خطأً: "اعقلها ولا ترثها" (٢).

وروي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس - رضي الله عنهم - أنهم قالوا: "لا يرث القاتل عمداً ولا خطأً شيئاً" (٣).

واستدل من قال إن القتل الخطأ مانع من الميراث بهذه الأحاديث والآثار، وأيدوا ذلك بمعقول، فقالوا: "إن الحرمان من الميراث جزاء القتل

---

(١) أخرجه النسائي في السنن: كتاب الفرائض، باب توريث القاتل (٧٩/٤ ح: ٦٣٦٧) والدارقطني في (السنن ٩٦/٤) والبيهقي في (السنن ٢٢٠/٦) والأحاديث في هذا الباب لا تخلو من مقال، لكنها بمجموع طرقها يقوي بعضها بعضاً. انظر: (نصب الراية ٣٢٨/٤) (التلخيص الحبير ٨٥/٣).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في (المصنف ٤٠٧/٩) والدارقطني في (السنن ٢٠١/٣) والبيهقي في (السنن ٢١٩/٦) وهو مرسل يتقوى بأحاديث الباب كما ذكر البيهقي، وانظر: (نصب الراية ٣٣٠/٤).

(٣) انظر هذه الآثار في: (مصنف عبد الرزاق ٤٠١/٩-٤٠٧) (مصنف ابن أبي شيبة ٢٨٠/٦) (سنن الدارقطني ١٢٠/٤) و (سنن البيهقي ٢٢٠/٦).

المحظور شرعاً، والقتل من الخاطئ محظور؛ لأن ضد المحظور المباح، والمحل غير قابل للقتل المباح إلا جزاء على جريمة، وكما لا يتصور الفعل في غير محل لا يتصور المباح في غير محل الإباحة، فقلنا إن هذا القتل محظور، ولهذا تتعلق به الكفارة، وهي ساترة للذنب، ومع كونه موضوعاً شرعاً لمّا جاز أن يؤاخذ بالكفارة فكذلك جاز أن يؤاخذ بحرمان الميراث؛ وهذا لأن تهمة القصد إلى الاستعجال قائمة، فمن الجائز أنه كان قاصداً إلى ذلك، وأظهر الخطأ من نفسه، فيجعل هذا التوهم كالمتحقق في حرمان الميراث" (١).

واستدلوا على أن القتل بحق لا يمنع الميراث بأنه فعل مأذون فيه، فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه أو سقاه باختياره فأفضى إلى تلفه، ولأنه حرم الميراث في محل الوفاق كيلا يفضي إلى إيجاد القتل المحرم، وزجراً عن إعدام النفس المعصومة، وفي مسألتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة واستيفاء الحقوق المشروعة، ولا يفضي إلى إيجاد قتل محرم، فهو ضد ما ثبت في الأصل (٢).

وعمدة الأحناف في استثناء القتل بالتسبب: أنه لا يوهم القصد إلى الاستعجال؛ لأنه بما أحدث من السبب لم يقصد قتل مورثه، ولا يدري أن مورثه يمر في ذلك الموضع، ويقع في البئر، أو يسقط عليه عود ونحوه، ثم حرمان الميراث جزاء مباشرة القتل المحظور، وهذا المسبب ليس بقاتل؛

---

(١) المبسوط ٤٧/٣٠.

(٢) المغني ٢٤٥/٦.

لأن له أن يفعله في ملكه ولا يؤاخذ بشيء، والقاتل مؤاخذ بفعله سواء كان في ملكه أو في غير ملكه، ولأن القتل لا يتم إلا بمقتول وقد انعدم المقتول عند الحفر فلا يصير هو بالحفر قاتلاً [١].

وعمدهم في استثناء قتل الصبي والمجنون: أنه ليس بمحظور شرعاً بدليل أنه لا يتعلق به قصاص ولا كفارة، ولأنه لا عبرة بقصدهم لاستعجال الميراث لو تحقق؛ إذ حرمان الميراث إنما يكون باعتبار تقصير منه في التحرز، وذلك لا يتحقق من الصبي والمجنون؛ فإنهما لا ينسبان إلى التقصير شرعاً بخلاف الخاطئ؛ لأنه أهل أن ينسب إلى التقصير [٢].

وأما مالك -رحمه الله-: فإنه استدل لتوريث القاتل خطأً بأنه لا يظهر منه أنه استعجل الميراث، والأصل أن يحكم بالظاهر، وقد قال الله عز وجل: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟﴾ [٣].

قالوا: فجعل للقتل الخطأ كفارة، ولا تجتمع الكفارة والعقوبة، وحرمانه من الميراث عقوبة.

وأما توريثه من المال دون الدية فلما روي عن النبي ﷺ أنه قال يوم فتح مكة: "لا يتوارث أهل ملتين، والمرأة ترث من دية زوجها وماله،

---

(١) المبسوط ٣٠/٤٧-٤٨.

(٢) انظر: المبسوط ٣٠/٤٨، حاشية ابن عابدين ٦/٥٣١.

(٣) سورة النساء، آية: ٩٢.

وهو يرث من ديتها ومالها ما لم يقتل أحدهما صاحبه، فإن قتل أحدهما صاحبه لم يرث من ديته وماله شيئاً، وإن قتل أحدهما صاحبه خطأً ورث من ماله، و لم يرث من ديته" [١].

وهذا الحديث وإن طعن فيه بعض أهل العلم إلا أنه يتأيد باتفاق أهل المدينة عليه [٢].

ثم إنه لو ورث من ديته - وهي محمولة عنه - لكانت محمولة عنه إليه، ولا معنى لذلك [٣].

الموازنة والترجيح:

أما حرمان القاتل عمداً: من الميراث فلا مرية فيه؛ للإجماع، ولظهور قصده الميراث.

وأما القاتل خطأً: فغاية ما فيه الأحاديث الدالة بعمومها على منعه من الإرث، وهي كلها لا تخلو من مقال، ولا يصح منها شيء على انفراده كما تقدم وإن كانت بمجموعها تصلح للاحتجاج، لكن لو

---

(١) أخرجه من حديث عمرو بن العاص: ابن ماجه في سننه: كتاب الفرائض، باب ميراث القاتل، (٩١٤/٢ح ٢٧٣٦) والدارقطني في (السنن ٧٢/٤) والبيهقي في (السنن الكبرى ٢٢١/٦)، وهو حديث ضعيف. انظر في ذلك: (الأم٧٣/٤، ٣٢٩/٧) (نصب الراية ٣٣٠/٤).

(٢) انظر: الموطأ ٨٦٨/٢، وشرحه للزرقاني ٢٤٣/٤.

(٣) انظر: التمهيد ٤٤٢/٢٣-٤٤٣.

صحت فالظاهر من أصول الشرع أن المخطئ لا يعاقب، والقول بأنه قد يتظاهر بالخطأ كذباً لا يبدو لي معناه؛ فإن الأصل هو العمل بالظاهر، فمن هنا يترجح - والله أعلم - أن يفرق بين المخطئ والعامد في هذه المسألة، وأن يورث القاتل خطأً من دية قتيله أيضاً؛ لأن الحديث فيه ضعيف، والمعنى يقتضي خلافه كما قرره الإمام الشافعي -رحمه الله- إذ يقول: "فلو أن رجلا كان لأبيه عليه دين فمات أبوه ورثه من ماله، وورثه من الدين الذي عليه لأنه مال له" [1].

٢- توريث المطلقة في مرض الموت المخوف [2]:

أجمع العلماء على أن الطلاق الرجعي إذا وقع في مرض الموت المخوف فإنه لا يسقط التوارث بين الزوجين ما دامت الزوجة في عدها [3].

---

(١) الأم ٣٢٩/٧.

(٢) مرض الموت المخوف: هو كل ما لا يؤمن فيه الموت كالحمى الحادة والسل، ويعرف ذلك بشهادة أهل الخبرة والعرف، ومن الفقهاء من يلحق به ما كان في حكمه كالمحكوم عليه بالقصاص ومن كان بين الصفين عند التحام الحرب، وفي لجة البحر عند هيجانه، أو وقع الطاعون في بلده، والحامل عند المخاض ونحو ذلك مما يغلب فيه الهلاك، وهو ظاهر مذهب من يورث المطلقة في مرض الموت. انظر: بدائع الصنائع ٢٢٤/٣، حاشية ابن عابدين ٣٨٤/٣، المدونة ٣٥/٥، الذخيرة ١٣٧/٧، الوسيط٤٢١/٤، المغني ١٠٩/٦، الإنصاف ١٦٨/٧.

(٣) انظر مع ما يأتي: الإجماع لابن المنذر ص ٨٠، فتح القدير ١٤٥/٤، المغني ٢٦٨/٦.

واختلفوا إذا مات بعد خروجها من عدتها أو كان الطلاق بائناً على أقوال كثيرة أشهرها أربعة [١].

القول الأول: أن التوارث بينهما ساقط بخروج العدة وبينونة الطلاق، وهذا هو المذهب عند الشافعية، وقال به أهل الظاهر [٢].

القول الثاني: أن الطلاق في مرض الموت لا يسقط ميراث المطلقة بحال، يستوي في ذلك أن تكون مدخولاً بها أو غير مدخول بها، وسواء مات المطلق قبل انقضاء العدة أو بعدها، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الطلاق باختيارها أو بدونه، كل ذلك لا يسقط الميراث، وهذا مذهب المالكية في المشهور عندهم [٣].

القول الثالث: أن طلاق المريض مرض الموت لا يمنع الميراث رجعياً كان الطلاق أو بائناً إذا كان الطلاق بطواعية في مدخول بها، ومات الزوج في عدتها، ولم يكن الطلاق باختيار منها، فإن مات بعد العدة، أو طلقها بإكراه، أو باختيارها، أو كانت غير مدخول بها، أو ارتدت بعد موته فلا يثبت بينهما ميراث، وهو مذهب الأحناف [٤].

---

(١) ذكر ابن حزم في المسألة نحواً من اثني عشر قولاً انظر: المحلى ٢١٨/١٠.

(٢) انظر: الأم ٢٥٤/٥، روضة الطالبين ٧٢/٨، المحلى ٢٢٤/١٠.

(٣) انظر: المدونة ٣٤/٥، الاستذكار ١١٧/٦، مواهب الجليل ٢٧/٤.

(٤) انظر: المبسوط ١٥٤/٦، فتح القدير ١٤٤/٤، بدائع الصنائع ٢٢٠/٣، حاشية حاشية ابن عابدين ٣٨٤/٣.

القول الرابع: أن الطلاق في مرض الموت المخوف لا يمنع الميراث ما لم تتزوج بآخر، أو ترتد عن الإسلام، فإن تزوجت أو ارتدت فلا ميراث، وهو المذهب عند الحنابلة [(١)].

الأدلة:

١- استدل من ذهب إلى أن طلاق المريض مانع من الإرث بالأصل العام وما علم بالضرورة من أن الميراث إنما يثبت بين الزوجين ما داما زوجين، وهذان ليسا بزوجين؛ بدليل أنه لا يملك ارتجاعها فتكون في معاني الأزواج فترث وتورث، والزوجة تعتد من الوفاة، وهذه لا تعتد من الوفاة، والزوجة متى ورثت زوجها ورثها أيضاً، وهذا لا يرث منها إن ماتت قبله، والزوجة تغسل الزوج ويغسلها، وهذه لا تغسله ولا يغسلها، وكيف يجوز أن تورث بالزوجية من إن وطئها مطلقها رجم، أو من قد حل لها زواج غيره، أو من هي زوجة لغيره ؟ [(٢)].

٢- وأما من ورثها بإطلاق فعمدته: ما روي "أن امرأة عبد الرحمن بن عوف سألته أن يطلقها، فقال لها إذا حضت ثم طهرت فآذنيني ،فلم تحض حتى مرض ﷺ، فلما طهرت آذنته فطلقها البتة أو تطليقة لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها، وعبد الرحمن يومئذ

(١) انظر: المغني ٢٦٨/٦، الإنصاف ٣٥٤/٧-٣٥٨.

(٢) انظر: الأم ٢٥٤/٥، المحلى ١٠/ ٢٢٤.

مريض، فورّثها عثمان ﷺ منه بعد انقضاء عدتها" [١].

وأيدوا هذا بقاعدة الباب، وهي أنه يتهم بقصد حرمانها الميراث، فنورثها معاملة له بنقيض قصده كما نحرم القاتل من ميراث قتيله [٢].

٣- واستدل الأحناف لمذهبهم بما روى عبد الله بن الزبير: "أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته فبت طلاقها، ثم مات وهي في عدتها، فورّثها عثمان -رضي الله عنهم أجمعين-" [٣].

وروي: "أن عمر ﷺ كتب في رجل يطلق امرأته ثلاثاً في مرضه أنها ترثه ما دامت في العدة ولا يرثها" [٤].

قالوا: "وجريان الإرث بعد الإبانة والثلاث ثبت بخلاف القياس بإجماع الصحابة، وهم شرطوا قيام العدة على ما روينا عنهم، فصار

(١) أخرجه مالك في (الموطأ ٥٧١/٢) وعبد الرزاق في (المصنف ٦٢/٧) والبيهقي في (السنن ٣٦٢/٧)، وصححه ابن حزم في (المحلى ٢١٩/١١) وابن عبد البر في (الاستذكار ١١٤/٦) .

(٢) انظر: بداية المجتهد ٣٤٧/٢، إيضاح المسالك ص: ١٣٦.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في (المصنف ٦٢/٧)، ومن طريقه البيهقي في (السنن الكبرى ٣٦٢/٧)، وابن حزم في (المحلى ٢٢٣/١٠)، وقد اختلف في صحته، واستظهر ابن عبد البر أن الصحيح عن عثمان أنه قضى لها بالميراث بعد العدة، انظر كتابه: (الاستذكار ١١٤/٦) .

(٤) أخرجه أبو بكر بن أبي شيبة في (المصنف ١٧١/٤) ومن طريقه ابن حزم في (المحلى ٢١٩/١٠) وضعفه لانقطاع في سنده (ج١٠/٢٢٨).

شرطاً بالإجماع غير معقول، فيتبع معقد الإجماع، ولأن العدة إذا كانت قائمة كان بعض أحكام النكاح قائماً من وجوب النفقة والسكنى والفراش وغير ذلك، فأمكن إبقاؤه في حق حكم الإرث، فالتوريث يكون موافقاً للأصول، وإذا انقضت العدة لم يبق شيء من علائق النكاح، فكان القول بالتوريث شرعاً بالرأي، وهذا لا يجوز" [(١)].

٤- وأما الحنابلة: فاستدلوا لمذهبهم بنفس أدلة المالكية، واستثنوا من ذلك الردة لأن الردة تهدم أحكام الإسلام بالإجماع، وكونها لا ترثه إذا تزوجت بآخر؛ للإجماع على أن امرأة لا ترث زوجين معاً في حال واحدة، ولأن التوارث من حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة [(٢)].

الموازنة والترجيح:

الذي يترجح في النظر -والله أعلم- هو القول بتوريث المبتوتة في مرض الموت، وذلك لما يلي:

١- استفاضة هذا الحكم بين أصحاب النبي ﷺ من غير نكير.

قال ابن عبد البر: "روي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب في المطلق ثلاثاً وهو مريض أنها ترثه إن مات من مرضه ذلك، وروي عن عائشة مثل ذلك، ولا أعلم لهم مخالفاً من الصحابة إلا عبد الله بن الزبير،

---

(١) بدائع الصنائع ٣/٢٢١، وانظر: المبسوط ٦/١٥٦.

(٢) انظر: المغني ٦/ ٢٦٨-٢٦٩.

فإنه قال لا أرى أن ترث المبتوتة بحال من الأحوال" [١].

وخلاف ابن الزبير ﷺ لا يقدح في هذا الإجماع؛ لشذوذه، ولأن القضاء من شأنه أن يرفع الخلاف كما سلف بيانه.

٢- أن القول بتوريثها أخلق بمقصود الشرع في باب الذرائع؛ فإنها لو لم ترث لتذرع الناس إلى التطليق لهذا الغرض، ولا يخفى ما في ذلك من الإضرار، وهو منتف في الشرع، وقد روي أنه "قيل لعثمان ﷺ لم تورثها من عبد الرحمن وقد علمت أنه لم يطلقها ضراراً ولا فراراً من كتاب الله عز وجل ؟، فقال: أردت أن تكون سنة يهاب بها الناس الفرار من كتاب الله عز وجل" [٢].

ثم الذي يترجح من أقوال من رأى توريثها: أنها ترثه ولو خرجت من عدتها، بل ولو تزوجت بغيره على ما ذهب إليه مالك بن أنس -رحمه الله-؛ لأن الذي صح من قضاء عثمان ﷺ أنه ورثها بعد خروجها من العدة، وقد صحح الرواية بذلك جمع من أهل العلم -رحمهم الله- منهم الإمام الشافعي وأبو محمد بن حزم وابن عبد البر [٣].

---

(١) الاستذكار ٦/١١٣، وانظر هذه الآثار مسندة عند: عبد الرزاق الصنعاني في (المصنف ٧/٢١-٦٤)، والدارقطني في (السنن ٤/٦٤)، وابن حزم في (المحلى١٠/٢١٨-٢٢٣)، والبيهقي (السنن٧/٣٢٦).

(٢) أورده ابن حزم في (المحلى ١٠/٢١٩) ولم أجده في كتب الآثار.

(٣) انظر: المحلى١١/٢١٩، الاستذكار ٦/١١٤، سنن البيهقي ٧/٣٦٢.

والإجماع على أن امرأة لا ترث من زوجين لا يعارض هـذا؛ لأن الفرض هنا أنها لم تعد زوجة له، وإنما ورثته؛ للتهمة معاملة لـه بنقيض قصده، وذلك معنى يستمر في العدة وبعدها.

ثم القياس يقتضي أنها لا ترثه إذا كان الطلاق برضاها وسؤالها إياه؛ لأنها رضيت بإبطال حقها، ولا يظهر فيه القصد إلى حرمانها الميراث، فتبقى المسألة على أصلها. والله أعلم [١].

٣- تحريم المرأة على من تزوجها في العدة:

أجمع الفقهاء على أن النكاح في العدة لا يجوز، كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر، ومتى وقع فالعقد باطل، والتفريق بينهما واجب[٢].

واختلفوا هل تحرم على من تزوجها بحيث لا تحل له البتة على قولين:

القول الأول: أنه يفرق بينهما، ولا تحل له أبداً، وهو مذهب المالكية، ورواية في مذهب الحنابلة [٣].

القول الثاني: أنه يفرق بينهما، ثم تعتد منهما، فإذا تمت عدتها حل لزوجها الثاني أن يتزوجها، ويكون خاطباً من الخطاب، وهذا مذهب الأحناف والشافعية والحنابلة [٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣/٢٢١، بداية المجتهد ٢/٦٢، المغني ٦/٢٧٠.

(٢) انظر: الموطأ ٢/٥٣٤، الاستذكار٥/٤٧٣، المغني ٨/١٠٠.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٢/٣٥، المغني ٨/١٠١، قواعد ابن رجب ٢/٤٠٤.

(٤) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/١٣٣، الأم ٥/٢٣٣، المغني ٨/١٠١.

الأدلة:

١- استدل من رأى أنها لا تحل له بما روي عن عمر ﷺ قال: "أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً" (١).

٢- وأما من رآها تحل له: فاستدلوا بما روي عن علـي ﷺ أنـه خالف الفاروق في هذه القضية لما بلغه الخبر، وقـال: "رحـم الله أمـير المؤمنين، ما بال الصداق وبيت المال؟ إنهما جهلا فينبغي للإمام أن يردهما إلى السنة، قيل: فما تقول أنت فيها؟ قال: لها الصداق بما اسـتحل مـن فرجها، ويفرق بينهما، ولا جلد عليهما، وتكمل عدتها مـن الأول، ثم تكمل العدة من الآخر، ثم يكون خاطباً، فبلغ ذلك عمر فقال: يا أيهـا الناس ردوا الجهالات إلى السنة" (٢).

---

(١) أخرجه مالك في (الموطأ ٥٣٦/٢) وعبد الرزاق في (المصنف٦/٢٢٠) والبيهقي (السنن ٤٤١/٧) .

(٢) الأثر بهذا النص والمعنى أخرجه البيهقي في (السنن ٤٤٢/٧) وابن عبد البر في (الاستذكار ٤٧٥/٥)، وثبت من طرق أخرى رجوع عمر إلى قول علي وقضاؤه بذلك. انظر: (مصنف عبد الرزاق ٢٠٨/٦) (شرح معاني الآثار للطحاوي ١٥١/٣) (سنن البيهقي ٢٠٨/٦) .

قالوا: فقد رجع عمر إلى قول علي -رضي الله عنهما-، فصارت المسألة مجمعاً عليها.

ولأنه لا يخلو: إما أن يكون تحريمها بالعقد أو بالوطء في النكاح الفاسد، أو بهما، وجميع ذلك لا يقتضي التحريم؛ بدليل ما لو نكحها بلا ولي ووطئها، ولأنه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأبيد، فهذا أحرى أن لا تحرم عليه [١].

الموازنة والترجيح:

تحريم المرأة على من تزوجها في العدة أجرى على قاعدة الباب؛ فإن المتزوج في العدة قد استعجل حقاً قبل أوانه، فناسب أن يعاقب بتحريمه عليه، وهو المأخذ الذي لاحظه من حرمها عليه [٢].

لكن إذا تؤمل هذا ألفي أن إدراج هذا الفرع تحت القاعدة فيه ضعف؛ ووجه ذلك: أن المعاملة بنقيض القصد الفاسد إنما يصار إليها حيث يكون تركها ذريعة إلى محرم لا يمكن تداركه كما في القتل، فإن النفس لا سبيل لاسترجاعها إذا أزهقت، وكذلك الميراث فإنه تتعلق به الأطماع، فإذا ورث القاتل أمكن أن يتذرع ذوو الأطماع إلى قتل مورثهم، وهذا المعنى لا يتحقق في مسألتنا؛ فإنه لا فائدة في استعجال النكاح حتى تتعلق به الأطماع، ثم إذا وقع فدفعه ممكن بالتفريق بينهما، فمن هنا كان قول الجمهور أخلق بالاتباع، والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١٣٣/٢، الأم ٢٣٣/٥، المغني ١٠١/٨.

(٢) انظر: المغني ١٠١/٨.

الفصل الثاني

القواعد المتعلقة بطبيعة الحكم القضائي بعد صدوره

المبحث الأول: حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته

المبحث الثاني: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد

المبحث الثالث: حكم الحاكم لا ينفذ فيمن يتهم به

المبحث الرابع: لا ينفذ الحكم على الغائب إلا تبعاً لمدع حاضر

المبحث الخامس: لا ضمان على القاضي إذا أخطأ في الحكم

المبحث الأول

حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته

هذه القاعدة من أمهات القواعد المتعلقة بالحكم القضائي، وهي وإن كان متعلقها المنع والإباحة أو الحلال والحرام - وهي أحكام تكليفية لا تعلق لها القضاء - إلا أنها أخص بالقضاء وألصق به من غيره؛ لأن دليل هذين الحكمين أعني الإباحة والحرمة هو القضاء نفسه، وهذا عند من يرى أن حكم الحاكم يزيل الشيء عن صفته، ومن هنا صح كونها قاعدة قضائية، وصنيع الفقهاء في إيرادهم لها في كتاب الشهادات والأقضية شاهد على ذلك.

وتبدو أهمية القاعدة في كشفها لماهية حكم القاضي ومدى سلطانه في الأحكام إباحة ومنعاً، ولها خاصية تفردها عن نظائرها من القواعد، وهي أنها تربط بين القضاء والديانة، فإن كون المحكوم به حراماً أو حلالاً في نفس الأمر وباطنه مما يُدَين فيه المقضي له ويوكل أمره إلى الله سبحانه، وهذه الميزة لا نراها في غيرها من قواعد الحكم القضائي.

وهذه مطالب لاستجلاء ما يتعلق بها من أحكام وما تتبين به من المثل والفروع:

المطلب الأول
شرح القاعدة وبيان معناها

معنى القاعدة: أن المدعى فيه متى كان في نفس الأمر وحقيقته باطلاً أو حراماً فحكم القاضي به لمن هو عليه حرام فحكمه لا يحله لـه، ولا يسوغ له أن ينتفع به بوجه من وجوه الانتفاع، بل يبقى على ما هو عليه قبل القضاء من الحرمة والبطلان، وهذا يعم الأموال والعقود والفسوخ، فلا يحل شيء منها بحكم حاكم على ما يأتي بيانه بحول الله.

ثم ليُعلم أن هذه القاعدة متعلقها غير مسائل الاجتهاد مما هو معلوم الحرمة، أما مسائل الاجتهاد، فحكم الحاكم فيها له نظر آخر تقدم في مبحث حكم القاضي بخلاف مذهب المحكوم لـه أو عليـه، وترجح هناك أن حكمه يرفع الخلاف ويبيح الحق للمقضي لـه وإن كان يرى خلافه [١].

---

(١) انظر التفرقة بين هذين النوعين من الأحكام في: قواعد الأحكام ٣٩/٢، الإنصاف للمرداوي ٣١٢/١١.

المطلب الثاني
أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم

هذه القاعدة من أشهر مسائل الخلاف في باب الأقضية والشهادات، وقد أخذ بمضمونها جمهور الفقهاء، وأوردوها في كتب الفقه والأصول، وعللوا بها في الأحكام والفروع.

وقد وردت القاعدة في كتب الفقه والقواعد بصيغ متقاربة أشهرها:

١- "حكم الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً" [١].

٢- "حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته" [٢].

٣- "حكم الحاكم هل يتناول الظاهر والباطن، أو لا يتناول إلا الظاهر فقط؟" [٣].

٤- "الحكم بما ظاهره الصواب والخطأ وباطنه خطأ وباطل، هل يغلب حكم الظاهر على حكم الباطن فتنفذ الأحكام، أو يغلب حكم الباطن على حكم الظاهر فترد الأحكام" [٤].

وقد اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في الأخذ بمضمون هذه القاعدة، وقبل ذكر الخلاف يجدر هنا تحرير محل النزاع، وذكر ما أجمعوا عليه:

---

(١) انظر: الأم ١٩٩/٦، بداية المجتهد ٣٤٥/٢، المحلى ٤٢٢/٩، الفروق ٨١/٤.

(٢) المغني ١٠٥/١٠، الإنصاف ٣١٢/١١.

(٣) إيضاح المسالك ص: ١٧٧.

(٤) المرجع السابق ص: ٦٤.

١- أجمعوا على أن المال المحرم إذا قضى به القاضي لغير مالكه ومن هو أحق به بشهادة زور فلا يحل للمقضي له أخذه والانتفاع به [(١)].

٢- وأجمعوا على أن قضاء القاضي إذا استند إلي بينة غير الشهادة مثل الإقرار واليمين وغيرها من البينات فلا يبيح المحكوم به للمقضي له إذا كان عليه حراماً في الحقيقة [(٢)].

٣- وأجمعوا على أن المتنازع عليه في الدعوى إذا لم يكن محلاً للإنشاء فلا يبيحه حكم حاكم، وهذا مثل ما لو حكم له بفلانة على أنها زوجته وهي في نفس الأمر أخته أو زوجة لغيره، فإن هذه لا يصح للقاضي إنشاء العقد عليها لغيره، فلا تحل بحكمه [(٣)].

واختلفوا فيما عدا هذه الصور على قولين:

القول الأول: أن حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته، بمعنى: أن كل قضاء قضى به حاكم من تمليك مال أو إثبات نكاح أو حله بطلاق أو بما أشبهه فذلك كله على حكم الباطن وما هو عليه في الحقيقة، فلا

---

(١) انظر: فتح القدير ٧/٣٠٧، الاستذكار ٧/٩٦، بداية المجتهد ٢/٣٤٥، مجموع الفتاوى ١١/٢٦٢.

(٢) استندت في حكاية هذا الإجماع إلى تنصيص الحنفية على اشتراط كون مستند القضاء شهادة الزور لا غير. انظر في ذلك: المبسوط ١٦/١٨١-١٨٢، البحر الرائق ٧/١٥، حاشية ابن عابدين ٥/٤٠٧.

(٣) انظر: المبسوط ١٦/١٨٢، بدائع الصنائع ٧/١٥.

يحيله حكم حاكم عن حقيقته وحكمه، وإذا كان كذلك فلا يحل لمن قُضي له بحق غيره ويحرم عليه لو اطلع عليه القاضي لنقضه، وهذا مذهب جماهير أهل العلم من السلف والخلف، وعليه مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، وقال به أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة [١].

القول الثاني: أن كل حكم يملك الحاكم إنشاء مثلِه بولاية الحكم مثل العقود والفسوخ فإنه إذا حكم به وكان مستند الحكم فيه الشهادة فإنه ينفذ في الظاهر والباطن، ويجعل الحلال حراماً والحرام عليه حلالاً، وكل ما ليس له فعل مثله بولاية الحكم مثل الجنايات والأموال المرسلة [٢]، ولا كان مستند الحكم فيه الشهادة فإنه ينفذ في الظاهر فقط، ولا يحيل الشيء عن صفته، وهذا مذهب الحنفية، وقال به كثير من المالكية، وهو رواية عند الحنابلة [٣].

---

(١) شرح أدب القاضي للشهيد ٣/١٧٢-١٧٣، المبسوط ١٦/١٨٠، الأم ٦/١٩٩، الاستذكار ٧/ ٩٦، بداية المجتهد ٢/٣٤٥، المغني ١٠/١٠٥، المحلى ٩/٤٢٢، فتح الباري ١١/٥٦٢، ١٢/٣٤٢.

(٢) الأملاك المرسلة: يراد بها الأملاك المطلقة عن تعيين سب الملك كأن يدعي على فلان مالاً من دون تعيين وذكر سبب تملكه له من بيع وشراء واتهاب ونحو ذلك من أسباب الملك، والحنفية يستثنون هذا النوع من المال؛ بحجة أن أسباب التملك كثيرة، وليس بعضها أولى من بعض حتى يمكن للقاضي إنشاء التمليك به . انظر: المبسوط ١٦/١٨٨، فتح القدير ٣/٢٥٥.

(٣) وقد خالف أبا حنيفة في هذه المسألة صاحباه على ما حرره المحققون منهم، وصرح أكثر الحنفية بأن الفتوى على قول الصاحبين، ومنهم من يرجح مذهب =

أدلة الجمهور:

١- قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (١).

قال ابن كَثير (٢) -رحمه الله-: "دلت هذه الآية على أن حكم الحاكم لا يغير الشيء في نفس الأمر، فلا يحل في نفس الأمر حراماً هو حرام، ولا يحرم حلالاً هو حلال، وإنما هو ملزم في الظاهر، فإن طابق في نفس الأمر فذاك، وإلا فللحاكم أجره، وعلى المحتال وزره" (٣).

٢- قوله ﷺ: "إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعل بعضكم أن

= الإمام. انظر: شرح معاني الآثار ٤/١٥٥، أحكام القرآن للجصاص ١/٣١٤، شرح أدب القاضي ٣/١٧٢، روضة القضاة ١/٣٢٠، المبسوط ١٦/١٨٠، فتح القدير ٣/٢٥٢، بدائع الصنائع ٧/١٥، حاشية ابن عابدين ٥/٤٠٦، الاستذكار٧/٩٦، تبصرة الحكام ١/٦٦، الإنصاف ١١/٣١٢.

(١) سورة البقرة، آية: ١٨٨.

(٢) إسماعيل بن عمر بن ضوء بن كثير القيسي أبو الفداء الدمشقي، مؤرخ مفسر فقيه، وصفه ابن حجر بأنه: "كان كثير الاستحضار، حسن المفاكهة، وطارت تصانيفه في البلاد في حياته، وانتفع بها الناس بعد وفاته". من آثاره: (تفسير القرآن العظيم) و (البداية والنهاية) توفي سنة ٧٧٤ هـ .

انظر ترجمته في: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٣/٨٥، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ١/٤٤٥.

(٣) تفسير ابن كثير ١/٢٢٦.

يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق، فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار، فليأخذها أو ليتركها" [(١)].

فهذا الحديث فيه بيان أن من احتال لأمر باطل بوجه من وجوه الحيل حتى يصير حقاً في الظاهر، ويحكم له به أنه لا يحل له تناوله في الباطن، ولا يرتفع عنه الإثم بالحكم، وقد بوب له البخاري - رحمه الله - بقوله: "باب من قضى له بحق أخيه فلا يأخذه؛ فإن قضاء الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً" [(٢)].

٣- الإجماع: فلم يعرف هذا القول عن أحد قبل أبي حنيفة -رحمه الله-، وما رووه في ذلك عن بعض أصحاب النبي ﷺ فنوع اجتهاد لم يثبت عنهم كما يأتي بحول الله وقوته، وقد حكى إجماع السلف الأولين على قول الجمهور ابن حزم والنووي -رحمهما الله- [(٣)].

أدلة الأحناف:

١- أن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين وقال: "حسابكما على الله، أحدكما كاذب، ثم قال للملاعن: لا سبيل لك عليها" [(٤)].

---

(١) تقدم تخريجه ص: (١٣٧) .

(٢) انظر: الاستذكار٧/٩٦، شرح صحيح مسلم للنووي ١٢/٦، فتح الباري لابن حجر ١٣/١٧٤.

(٣) انظر: المحلى ٩/٤٢٢، شرح صحيح مسلم ١٢/٦.

(٤) أخرجه من حديث عبد الله بن عمر: البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، =

قالوا: "فقد علمنا أن رسول الله ﷺ لو علم الكاذب منهما بعينه لم يفرق بينهما، ولم يلاعن، ولو علم أن المرأة صادقة لحد الزوج بقذفه إياها، ولو علم أن الزوج صادق لحد المرأة بالزنا الذي كان منها، فلما خفي الصادق منهما على الحاكم وجب حكم آخر، فحرم الفرج على الزوج في الباطن والظاهر، ولم يرد ذلك إلى حكم الباطن، فصار ذلك أصلاً في أن العقود وفسخها متى حكم بها الحاكم نفذ حكمه فيها ظاهراً وباطناً" [(١)].

٢- ما روي: "أن رجلاً خطب امرأة فأبت، فادعى أنه تزوجها، وأقام شاهدين، فترافعا إلى علي ﷺ فقالت المرأة: إنهما شهدا بالزور، فزوجني أنت منه فقد رضيت، فقال: شاهداك زوجاك، وأمضى عليها النكاح" [(٢)].

قالوا: ووجه هذا الأثر: أنه لو لم ينعقد النكاح بينهما باطناً بالقضاء لما امتنع علي ﷺ من تجديد العقد عند طلب الزوجة ذلك ورغبة الزوج فيها، وقد كان في ذلك تحصينها من الزنا وصيانة مائه أن يخالط الحرام، لكنه أعرض عن طلبها، وبين أن مقصودهما قد حصل بقضائه، فقال:

= باب قول الإمام للمتلاعنين: أحدكما كاذب (٥/٢٠٣٥ح ٥٠٠٦)، ومسلم في صحيحه: كتاب اللعان (٢/١١٣١ح ١٤٩٣).

(١) انظر: شرح معاني الآثار ٤/١٥٦، أحكام القرآن للجصاص ١/٣١٥.

(٢) لم أقف عليه، وقد أسنده الجصاص في (أحكام القرآن ١/٣١٤) عن أبي يوسف عن عمرو بن المقدام عن أبيه، وضعفه ابن حجر في (فتح الباري ١٣/١٧٦).

"شاهداك زوجاك" أي ألزماني القضاء بالنكاح بينكما، فثبت النكاح بقضائه ليس إلا، وما نقل عنه في هذا الباب كالمرفوع إلى النبي ﷺ، فلا طريق إلى معرفة ذلك حقيقة بالرأي (١).

٣- ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في امرأة المفقود: "إن جاء زوجها وقد تزوجت خُير بين امرأته وبين صداقها، فإن اختار الصداق كان على زوجها الآخر، وإن اختار امرأته اعتدت حتى تحل، ثم ترجع إلى زوجها الأول، وكان لها من زوجها الآخر مهرها بما استحل من فرجها" (٢).

ووجه هذا الأثر - على ما ذكروه -: أنه لم يُذكر فيه عقد جديد، وليس ذلك إلا لكون قضاء القاضي بالفرقة نافذاً ظاهراً وباطناً عنده رضي الله عنه؛ لأنها بانت منه بتفرقة الحاكم، ولولا ذلك لوجب أن يستأنف الثاني لها عقداً جديداً بعد طلاق الأول وانقضاء عدتها؛ لأنا تبينا بطلان عقده بمجيء الأول حياً، وباليقين نعلم أن زوجة الإنسان لا تصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها ما لم يتزوجها بعد العدة (٣).

---

(١) المبسوط ١٦/١٨٢، حاشية ابن عابدين ٥/٤٠٦، إعلاء السنن ١٥/١١٢.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في (المصنف ٧/٨٥) وابن أبي شيبة في (المصنف ٣/٥٢٢) والبيهقي في (السنن ٧/٤٤٦) وقد نُقل عن الإمام مالك إنكاره هذا الأثر، لكن تعقبه أبو عمر بن عبد البر بأنه من رواية الثقات الأثبات. انظر: (الاستذكار ٦/١٣١).

(٣) انظر: إعلاء السنن ١٥/١١٥.

٤- وأما طريق القياس: فمن وجهين:

أحدهما: أن قضاء القاضي بما يحتمل الإنشاء إنشاء له، فينفذ ظاهراً وباطناً كما لو أنشأه صريحاً، ودلالة الوصف: أن القاضي مأمور بالقضاء بالحق، ولا يقع قضاؤه بالحق فيما يحتمل الإنشاء إلا بالحمل على الإنشاء؛ لأن البينة قد تكون صادقة، وقد تكون كاذبة، فيجعل إنشاء، والعقود والفسوخ مما تحتمل الإنشاء من القاضي؛ فإن للقاضي ولاية إنشائها في الجملة، وهذا بخلاف ما ليس له فيه ولاية إنشاء كالملك المرسل، والعقد على المحارم؛ لأن نفس الملك والعقد مما لا يحتمل الإنشاء، ولهذا لو أنشأه القاضي أو غيره صريحا لم يصح [1].

الثاني: أن الجميع متفقون على أن ما اختلف فيه الفقهاء إذا حكم الحاكم بأحد وجوه الاختلاف فيه نفذ حكمه، وقطع ما أمضاه تسويغُ الاجتهاد في رده، ووسع المحكوم له أخذه، ولم يسع المحكوم عليه منعه، وإن كان اعتقادهما خلافه كنحو النكاح بغير شهود، أو بغير ولي، ونحوهما من اختلاف الفقهاء، فليكن الأمر كذلك في صورة النزاع [2].

---

(١) انظر: المبسوط ١٨٢/١٦، بدائع الصنائع ١٥/٧.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٣١٦/١، إعلاء السنن ١١٤/١٥-١١٥.

الموازنة والترجيح:

بالنظر في أدلة الفريقين يتبين أن أبا حنيفة - رحمه الله - لم يـــرم أن يجعل حكم الحاكم شرعاً قائماً بنفسه يبيح ويحرم، بل إنما ذهب إلى ذلك لما تبين له من وجوه القياس والآثار التي سلفت، وقد أجاب فقهاء الحنفية عن أدلة الجمهور بأجوبة نوردها ليتضح وجه الصواب بحول الله ومعونته:

أما الآية: فقالوا: إنها في الأموال خاصة، وعلى فرض أنها عامة، فهي إنما تدل على أن ذلك فيمن علم أنه أخذ ما ليس له كما وقع التصريح به في آخر الآية، فأما من لم يعلم ذلك فجائز له أن يأخذه بحكم الحاكم [(١)].

وأما الحديث: فقد قالوا: إن المراد به الأملاك المرسلة بدليل ما ورد أنه ﷺ قال ذلك في أخوين اختصما إليه في مواريث دُرِسَت بينهما، ولم يكن لهما بينة إلا دعواهما [(٢)].

قالوا: والميراث ومطلق الملك سواء في الدعوى وبه نقول، مع أنـــه ليس فيه ذكر السبب والكلام في القضاء بسبب، على أنا نقول بموجبـــه، لكن لم قلتم إن القضاء بسبب قضاء له من مال آخر بغير حق ؟، بل هو قضاء له من مال نفسه وبحق؛ لأن القضاء بسبب الملك صحيح عنـــدنا،

---

(١) انظر: شرح معاني الآثار ١٥٦/٤، أحكام القرآن للجصاص ٣١٥/١-٣١٦.

(٢) أخرجه عن أم سلمة : أحمد في (المسند ٣٢٠/٦) وأبو داود في السنن: كتاب الأقضية، باب كيف القضاء (٣٢٠/٣ح ٣٥٨٥) والدارقطني في (السنن ٢٣٨/٤) وابن أبي شيبة في (المصنف ٥٤٢/٤) والبيهقي في (السنن الكبرى ٦٦/٦).

فقد قلنا بموجب الحديث، وعلى فرض ما رمتم من الحديث فغايته أن يكون وعيداً لمن يدعي الباطل، ويقيم عليه شهود الزور، فالوعيد يلحقه بذلك عندنا، وإن كان الملك يثبت له بقضاء القاضي بسببه [(١)].

والتحقيق: أن أدلة الأحناف وما ردوا به على أدلة الجمهور لا تنتهض في الاعتبار لجعل حكم الحاكم مبيحاً ومحرماً حتى يكون له أن يحرم على الناس زوجاهم، ويبيحهن لمن لا يحلون لهم، ويتبين ذلك بأمور:

أحدها: أن أدلة الجمهور صريحة فيما ذهبوا إليه، وما اعترض به الأحناف على الآية من أنها في الأموال خاصة لا يسلم؛ لأنه مما يعلم من ضرورة الخطاب أنه ليس المقصود من ذلك الأموال خاصة، بل وقع التنبيه بذلك على جميع ما في معنى المال من الحقوق، وجلي أن الاقتصار على ذكر المال دون غيره جرى على الغالب؛ لأن النزاع والخصومات أكثر ما تكون في الأموال، وهذا النمط من الأسلوب كثيراً ما يقع في لسان الشرع، فتراه ينبه بالأعلى على الأدنى وبالأدنى على الأعلى، وتراه يذكر الشيء لمزية فيه ولا يقتضي ذلك سلب الحكم عما عداه.

الثاني: أنه إذا كانت الأموال هذا شأنها في الشرع فمن الجلي البين أن الأبضاع أولى بالاحتياط لها، وأن لا تستباح إلا بيقين، وقد كان من مقتضى قاعدة "الأصل في الأبضاع التحريم" [(٢)]، وأنها "أولى بالاحتياط

---

(١) المبسوط ٨٥/١٦، بدائع الصنائع ١٥/٧.

(٢) انظر القاعدة في: كشف الأسرار ٧٤/١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٨/١.

من الأموال" أن لا تباح بمثل هذا الدليل أعني حكم الحاكم، سيما وأنه لم يقع اتفاق الفقهاء عليه، وقد تقرر سابقاً أن الخلاف الفقهي شبهة، فكيف يستباح ما أصله الحرمة بشبهة ؟ هذا بعيد جداً عن الأصول (١).

الثالث: أن الآثار التي استدلوا بها إذا تؤملت لم يلف فيها ما يجعل حكم الحاكم دليلاً، وذلك أن تفريق النبي ﷺ بين المتلاعنين لم يكن بسبب صدق الزوج أو كذبه، بدليل أنه لو قامت بينة بصدقه لم تعد زوجة له، وإنما الفرقة حصلت بسبب أنهما وصلا إلى أسوء الأحوال في المقابلة بالتلاعن، فلم ير الشارع اجتماعهما بعد ذلك؛ لأن الزوجية مبناها على السكون والمودة، وما حدث بينهما من لعان يمنع ذلك (٢).

ثم إن تفريق النبي ﷺ بينهما شرع قائم بنفسه حتى لو كان الملاعن كاذباً في نفس الأمر، فلا تحل له بالنص، وهذا بخلاف حكم الحاكم، فليس هو الشرع الذي فرض الله طاعته، ثم القاضي العالم العادل يصيب تارة ويخطئ تارة فكيف يجعل حكمه شرعاً ؟ (٣).

---

(١) قال النووي: "وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: يحل حكم الحاكم الفروج دون الأموال. وهذا مخالف لهذا الحديث الصحيح، وللإجماع من قبله، ومخالف لقاعدة وافق هو وغيره عليها، وهي أن الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال". شرح صحيح مسلم ٦/١٢.

(٢) انظر: الفروق ٨٢/٤، المغني ١٠٥/١٠.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى ٣٧٦/٣٥، فتح الباري ٣٤٢/١٢.

ولظهور ضعف الاستدلال بفرقة اللعان قال ابن الهمام الحنفي -رحمه الله-: "وأما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين ينفذ باطناً وإن كان أحدهما كاذباً فليس بشيء" (١).

وأما تخيير عمر ﷺ المفقود بين زوجته وصداقها فاختلف في صحته، وعلى فرض صحته فالقول بموجبه مبني على بطلان عقد الثاني بمجيء الأول، وأن ترك الأول لها ليس بطلاق، وكلاهما لم يدل عليه الأثر، بل هو دال على أن عقد الثاني موقوف على إجازة الأول بعد مجيئه، فإذا أجازه فهو طلاق، وعقد الثاني يستمر برضاهما، ولا يحتاج إلى تجديد، ثم الفرقة لو بانت بحكم حاكم لما صح تخيير الأول بعد مجيئه؛ إذ كيف يمكن من زوجة غيره بعد ما أبينت منه، فدل ذلك على أنه موقوف على إجازته، ولم أجد هذا الجواب منصوصاً عليه، لكن هذا ما تبين لي من الأثر، والله تعالى أعلم (٢).

---

(١) فتح القدير ٣٠٧/٧، وانظر: البحر الرائق ١٤/٧.

(٢) وقد ذكر موفق الدين ابن قدامة أن الفقهاء لم ينصوا على تجديد عقد الثاني، واختار أنه يستأنف العقد ويجدده، قال: لأننا تبينا بطلان عقده بمجيء الأول، ويحمل قول الصحابة على هذا؛ لقيام الدليل عليه؛ فإن زوجة الإنسان لا تصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها. لكن صحح المرداوي أن المذهب على خلاف هذا، وأنه لا يحتاج إلى تجديد العقد انظر: المغني ١٠٨/٨، الإنصاف ٢٩٢/٩، وانظر أيضاً: المهذب٢/١٤٦، القوانين الفقهية ص: ١٤٤.

وأما أثر علي ﷺ فلم أجد له أصلاً، وقد ضعفه المحققون كما سلف، ثم لو صح فحديث رسول الله ﷺ أولى بالاتباع، مع أنه لا دلالة في الأثر على ما ذكروه؛ فإن قوله: "شاهداك زوجاك" دليل على أن إنشاء الزواج لم يكن بحكمه، بل بشهادة الشهود؛ لأنه أضاف التزويج إليهما، ولم يجبها لطلبها؛ لأن في ذلك طعناً على الشهود [١].

وقد ورد في بعض طرق الأثر أن الراوي قال : "فتزوجها الرجل بعد ذلك" [٢]، وهو دليل على أن الزواج لم ينعقد بحكمه ﷺ، فكان حجة للجمهور [٣].

وأما قولهم: إن الحاكم له أهلية العقد والفسخ، فليس هذا مما يصح الاستدلال به؛ لأنه ليس متفقاً عليه، والتحقيق أن صاحب الشرع إنما جعل للحاكم العقد للغائب والمحجور عليه ونحوهما بطريق الوكالة؛ لتعذر المباشرة منهم، وهاهنا لا ضرورة لذلك، والأصل: أن يلي كل واحد مصالح نفسه، فلا يترك الأصل عند عدم المعارض [٤].

وأما القياس على ما اختلف فيه: فجوابه أن المحكوم عليه في مسائل الخلاف إنما حرمت عليه المخالفة لما فيها من مفسدة مشاقة الحكام،

---

(١) انظر: المغني ١٠/١٠٥، الفروق ٤/٨٢-٨٣.

(٢) أورده الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي ٣/١٧٦.

(٣) المرجع السابق ٣/١٧٦.

(٤) انظر: الفروق ٤/٨٣.

وانخرام النظام، وتشويش نفوذ المصالح، وأما مخالفته بحيث لا يطلع عليه أحد فذلك مما يجوز في الاجتهاد [١].

والحاصل: أن أصول الشريعة ونصوصها قاضية بأن حق الغير لا يستباح إلا بالطرق المشروعة، وأن القاضي لا يكون حكمه شرعاً قائماً بنفسه يبيح ويحرم، ويصحح ويبطل، ومع ظهور هذا في الشرع فالخلاف كان له مسوغ، وهو: هل حكم الحاكم وقضاؤه في العقود والفسوخ إنشاء أم إمضاء ؟، فمن قال إنه إنشاء أوجب له أن يكون مبيحاً لما هو محرم في نفس الأمر؛ إذ له ولاية إنشاء في مثل ذلك، ومن قال إنه إمضاء أبطله في الباطن؛ لأنه ليس هناك عقد أو طلاق صحيح سابق على القضاء حتى يمكن إمضاؤه [٢].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن رجحان مذهب الجمهور إنما هو في الجملة، وإلا فقد يكون ثمة ما يوجب ترجيح مذهب الأحناف، كما لو ترتب على عدم نفاذ حكمه باطناً مفسدة لا تليق بالشرع، أو أفضى ذلك إلى النزاع والخصومة، فكل ذلك خلاف المقصود من القضاء وخلاف أصول الشريعة، وسيأتي بيان ذلك في الفروع التالية.

---

(١) الفروق ٤/٨٣ .

(٢) انظر التنبيه على هذا السبب في المبسوط ١٦/١١٨، فتح القدير ٣/٢٥٣.

المطلب الثالث
أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة

١- حكم القاضي بالنكاح المبني على شهادة الزور:

صورة هذه المسألة: رجل ادعى كذباً على امرأة أنها زوجته، وأقام على ذلك شاهدي زور هما عدلان عند القاضي، فحكم بموجب الشهادة وهو لا يعلم كذبهما، فهل تحل هذه المرأة للمدعي أم لا تحل له ؟.

والجواب: أن للفقهاء -رحمهم الله- في هذه المسألة قولين:

القول الأول: أن المرأة لا تحل لمدعيها بحال، والحكم نافذ في الظاهر بحيث تُمكن منه، وتلزمه أحكام الزوجية، ويحرم عليها أن تتزوج بغيره، وعليها أن تمتنع منه، وأن تحتال في دفعه عنها، وهذا مذهب الجمهور، وبه يقول المالكية والشافعية والظاهرية، والحنابلة في الأشهر، وهو قول صاحبي أبي حنيفة أبي يوسف ومحمد بن الحسن [(١)] .

القول الثاني: أن النكاح ينفذ في الظاهر والباطن، بحيث يمكن منها قضاء، وتحل له ديانة أي في نفس الأمر، وهذا مذهب الأحناف [(٢)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٥/٧، الشرح الكبير للدردير ١٥٦/٤، روضة الطالبين ١٥٢/١١، المغني ١٠٥/١٠، المحلى ٤٢٢/٩، فتح الباري ٣٤١/١٢.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٨٠/١٦، بدائع الصنائع ١٥/٧، الفتاوى الهندية ٣/٣٥٠-٣٥٣.

الأدلة:

استدل الجمهور لمذهبهم بقاعدة هذا الباب، وما سبق لها من الأدلة.

وأما الأحناف: فاستدلوا لمذهبهم بما مضى من أثر علي ﷺ حيث أفاد أن المرأة حلت لمدعيها بحكم حاكم، مع سكوته ﷺ عن نصح المدعي، فدل على أنها تحل له ديانة وقضاء.

الموازنة والترجيح:

تقدم وجه رجحان القول بعدم نفاذ مثل هذا الحكم في الباطن، وأنها تحرم عند الله عز وجل على هذا المدعي، لكن تجدر الإشارة هنا إلى أمور:

الأمر الأول: أن المدعي حتى لو كانت المرأة عليه حراماً فإنه لا يحد إذا تبين أمره؛ للخلاف، وقد تبين سابقاً أن الخلاف الفقهي من الشبهات الدارئة للحد؛ ولأنه مكن منها في الظاهر بسلطان شرعي، فلا يكون الحد فيه مناسباً، وهذا على أصح قولي أهل العلم (١).

الأمر الثاني: أن المرأة ليس لها أن تتزوج بآخر ما لم يفارقها هذا المدعي، والسبب في ذلك: أن زواجها بآخر يفضي إلى الجمع بين الوطء للمرأة من اثنين: أحدهما يطؤها بحكم الظاهر، والآخر بحكم الباطن، وفي هذا من القبح ما لا يخفى (٢).

وقد كان من لوازم كونها أجنبية عنه في الباطن أن لها أن تتزوج بغيره،

---

(١) انظر: روضة الطالبين ١١/١٥٣، المغني ١٠/١٠٥.

(٢) انظر: المبسوط ١٦/١٨٢، المغني ١٠/١٠٦.

لكن منعت من ذلك لهذه المفسدة، ولا مانع شرعاً أن يحظر المباح بل الواجب لمفسدة لا يقرها عقل ولا شرع.

الأمر الثالث: أن على القاضي إذا استراب في المدعي وظن في المرأة الصدق أن يجدد العقد بينهما، ويحضر الولي والشهود لذلك، وفي هذا رحمة بالمدعي إذ باعد بينه وبين الزنا، ورحمة بالمرأة إذ جعل اتصالها به على وجه شرعي صحيح، ودليل هذا: هو المصلحة؛ فإن الشارع متشوف إلى جلب المصالح وتحصيلها ودرء المفاسد وتقليلها، "وأصل هذا الباب: أن القاضي مأمور بالنظر والاحتياط؛ لأنه نصب لدفع الظلم وإيصال الحقوق إلى أربابها، فيحتاط لإيفائها، ويتحرز عن تعطيلها" (١).

٢- تحريم المرأة على من شهد بتطليقها زوراً:

إذا أقام المدعي بينة على أن فلاناً من الناس طلق زوجته وهو كاذب في دعواه، ثم حكم القاضي بالفرقة بينهما، فحُكم المرأة والمدعي تقدم في المسألة الآنفة، وأما الزوج المدعى عليه: فنص الفقهاء على أنه يلزمه الحكم في الظاهر والباطن؛ دفعاً للتنازع على بُضع واحد (٢).

---

(١) القواعد الفقهية للندوي ص: ١١٣.

(٢) وهذا على أرجح الأقوال، وإلا فمن الفقهاء من يرى أن لزوجها الأول أن يستمتع بها في الباطن، ومنهم من يشترط لذلك ألا يدخل بها الثاني. انظر: شرح أدب القاضي ١٧٦/٣، المبسوط ١٨٤/١٦، الفروق ٨٣/٤، تبصرة الحكام ٦٦/١، الأم ٤١/٧، روضة الطالبين ١٥٣/١١، الإنصاف ٣١٤/١١.

وأما الشهود: فاختلف الفقهاء هل يحل لأحدهم تزوُّج المرأة المدعى عليها على قولين:

القول الأول: أنه لا يحل لأحد الشهود أن يتزوجها والحال أنه عالم بأنها لا تزال في عصمة غيره، وهذا مذهب جمهور أهل العلم [١].

القول الثاني: أن للشاهد أن يتزوجها وهي له حلال، وهو للحنفية [٢].

الأدلة:

أدلة هذه المسألة للقولين هي نفس الأدلة السابقة، وفيها أثر يروى عن الإمام عامر الشعبي[٣] -رحمه الله- وهو أنه: "سئل عن الرجل يشهد عليه رجلان أنه طلق امرأته ففرق بينهما بشهادتهما، ثم تزوجها أحد الشاهدين بعد ما انقضت عدتها، ثم يرجع الشاهد الآخر، فقال الشعبي لا يلتفت إلى رجوعه إذا مضى الحكم" [٤].

---

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) انظر: شرح أدب القاضي للشهيد ٣/١٧٦-١٧٧، بدائع الصنائع ٧/١٥.

(٣) عامر بن شراحيل بن عبد بن ذي كبار أبو عمرو الهمذاني ثم الشعبي، ولد في خلافة عمر رضي الله عنه، وكان أحد دواوين العلم وكبار الأئمة، قال عاصم بن سليمان: "ما رأيت أحدا أعلم بحديث أهل الكوفة والبصرة والحجاز والآفاق من الشعبي"، توفي سنة ١٠٦ هـ. انظر: طبقات ابن سعد ٦/٢٤٧، تاريخ بغداد ١٢/٢٢٧، سير أعلام النبلاء ٤/٢٩٤.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في (سننه ٢/١١٤)، وعبد الرزاق في (المصنف ٨/٣٥٣)، =

وبه تمسك الأحناف، فأباحوا للشاهد أن يتزوج المرأة ولو أنه عـالم بكذبه وزوره [١].

الموازنة والترجيح:

الأثر الذي تمسك به الأحناف وإن كان صحيحاً عن الإمام الشعبي فهو في الحقيقة لا حجة فيه لمذهبهم، وذلك من وجهين:

أحدهما: أن هذا الأثر نفسه يحتاج إلى دليل؛ فإنه من المعلوم بداهـة أن أقوال الأئمة ليست حجة في الشرع فضلاً أن يعارض بها شرع قائم.

وهم يقولون في الجواب عن ذلك: "إن فتواه بنفاذه لا تقال بالرأي، فهو مرسل في حكم المرفوع، وبه يتأيد الأثر المروي عن علي ﷺ ؛ فـإن الضعيف إذا تأيد بفتوى عالم من الصحابة أو التابعين صار حجة" [٢].

ولا يخفى ما في هذا الجواب من ضعف؛ ولا أدل على ضعفه مـن جعل قول إمام من التابعين في حكم المرفوع على ما بينه وبين صـاحب الرسالة ﷺ من بعد، ثم لو كان في حكم المرفوع لما خالفه المرفوع حقاً، وكيف يقال: إن فتاوى علماء التابعين واجتهاداهم في حكم المرفوع مع القطع بأن فيها من الأقوال الشاذة والآراء الضعيفة ما لا يحصره فقيه ؟.

= وابن أبي شيبة في (المصنف ٤/١٩٠)، وصححه العلامة التهانوي في (إعلاء السنن ١٥/١١٤).

(١) انظر مراجع الأحناف السابقة.

(٢) إعلاء السنن ١٥/١١٣-١١٤.

الثاني: أنه جاء في لفظ الأثر: "ثم تزوجها أحد الشاهدين"، وهذا ليس فيه بيان أن الذي رجع عن شهادته هو الذي تزوجها حتى يصح لهم الاستدلال به، بل لفظ الرواية صريح بأن الذي تزوجها غير الذي رجع، فلا تبقى فيه حجة.

ثم يقال بعد هذا: إن القاضي إذا استراب في مثل هذا فإنه يعمل جهده في تطليقها على الأول بيقين، فذلك أحسن مما لو عرضها للزنا والانقطاع عن النكاح، والله تعالى أعلم.

٣- حكم من ألزمه القاضي بإمساك مطلقته:

حكم الحاكم في هذه المسألة لا يخلو من حالين:

أحدهما: أن يحكم باجتهاد سائغٍ مثلُه في الشرع، فحكمه ببقاء المرأة في عصمة زوجها جائز، وينفذ ظاهراً وباطناً ولو كان خلاف ما يراه أحد الزوجين في أصح أقوال أهل العلم، وقد تقدم بحث هذه المسألة في مبحث قضاء القاضي بخلاف مذهب الخصوم أي المحكوم له أو عليه، فلا حاجة لتكراره [(١)].

الثاني: أن يحكم بما يصادم النص والإجماع، فيُبطل طلاق الزوج، ويلزمه بإمساك مطلقته، وهذه الحال هي المقصودة هنا بالبحث، وقد رأيت أن أدرجها ضمن قاعدة الباب؛ لأن هناك أصواتاً تنادي بجعل

---

(١) راجع ص: (٥٠٤) .

الطلاق بيد القاضي وعدم قصره على الزوج خاصة، وقد أخذت بذلك بعض المحاكم في البلاد الإسلامية كما سبق ذكره، ومن المعلوم: أن هذه السلطة تخول للقاضي مثل هذا الحكم، فهل ينفذ قضاؤه ظاهراً وباطناً ؟.

وجواباً عن هذا السؤال أقول: الحق أن مثل هذا الحكم لا اعتبار له، ولا ينفذ في الظاهر ولا الباطن، أما عدم نفاذه ظاهراً؛ فلأنه صادم النص إذ أبطل طلاقاً صحيحاً لا مرية في صحته ووقوعه، وقد أجمع العلماء على أن الحكم متى خالف قطعياً فهو منقوض [١].

وأما عدم نفاذه باطناً فلأن هذا محرم إجماعاً، أعني أن الرجل إذا بانت منه امرأته لم يكن له إليها سبيل حتى تنكح زوجاً غيره، كما نطق به القرآن، واتفقت عليه الأمة [٢].

وإذا كان الأمر كذلك فالواجب على من ابتلي بمثل هذا الحكم أن يسعى جاهداً لنقضه، وأن لا يخالط مطلقته والحال أنها قد بانت منه، وإن هو ألزم بنفقتها لغير موجب التزم ذلك احتساباً على الله، وتَركَ مشاقة الحكام؛ فإن ذلك يجر عليه مفاسد أعظم، ومثل هذا من البلاء الذي يصاب به الناس كلما راموا أن يناقضوا شرعاً مبرماً وديناً محكماً، والله المسؤول أن يهدي المسلمين وولاة أمرهم إلى سواء السبيل.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٤/٧، الأم ٢٠٤/٦، الذخيرة ١٣٩/١٠، المغني ١٠٣/١٠.

(٢) انظر: المبسوط ٨/٦، الاستذكار ٢٠٤/٦، المهذب ١٠٤/٢، المغني ٤٠٠/٧، الإجماع لابن المنذر ص :٨١.

٤- نقض الأحكام القضائية إذا تبين جرح الشهود:

إذا حكم القاضي بشهادة عدول في ظاهر الأمر، ونفذ حكمه، ثم تبين بعدُ أن الشهود لم يكونوا عدولاً عند أدائهم للشهادة، فاختلف الفقهاء في إمضاء هذا الحكم على قولين:

القول الأول: أن الحكم الذي استند على شهادة الفساق يبطل ولا ينفذ بحال، وهذا أشهر القولين في المذاهب الثلاثة: مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، واختاره بعض الحنفية [١].

القول الثاني: أن القاضي إذا أنفذ حكمه، ثم تبين له أن الشهود لم يكونوا ساعة الحكم من العدول، فحكمه نافذ ولا ينقض بحال، وهو مذهب الأحناف، والقول الآخر عند المالكية والشافعية والحنابلة [٢].

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بأدلة اشتراط العدالة في الشاهدين:

ومنها: قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [٣].

---

(١) روضة القضاة ١/٢٣٦، الذخيرة ١٠/١٣٥، ١٤٢، التاج والإكليل ٦/١٣٦، الأم ٧/٥٥، المهذب ٢/٣٤٢، الإنصاف ١١/٣١٨، ١٢/١٠٥، كشاف القناع ٦/٣٦٠.

(٢) انظر مع المراجع السابقة: بدائع الصنائع ٢/٢٥٥، فتح القدير ٧/٣٧٦، صنوان القضاء ١/١٣٧، حاشية ابن عابدين ٥/٤٦٦.

(٣) سورة الطلاق، آية: ٢.

وقوله سبحانه: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيۡنِكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ حِينَ ٱلۡوَصِيَّةِ ٱثۡنَانِ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ ﴾ (١).

ففي هذه الآيات وأشباهها تنصيص على اشتراط العدل في الشهود، ومن شأن الشرط أنه يلزم من انتفائه انتفاء الأثر المترتب عليه، فإذا بان أن الشهود كانوا فسقة يوم الحكم فقد تبين أن الحكم لم يكن له مستند يصح به، فلا معنى لتنفيذه مع انتفاء مستنده وشرطه (٢).

وأما الأحناف ومن وافقهم: فقد راموا أن يستدلوا لمذهبهم بقياس حاصله: أن العدالة تختلف فيها الأنظار، فقد يكون الشاهد عدلاً عند قوم وفاسقاً عند آخرين، وقد تكون بعض الأوصاف مما يوجب تجريح الشاهد وفسقه عند قوم، ولا يراه غيرهم كذلك، والذي يدل على هذا: أن السلف اختلفوا في تفسير العدالة على أقوال كثيرة، وثبت عن بعضهم أنه كان يرد شهادة المبرأ من الفسق لأشياء لا يقطع فيها بفسق فاعليها، فلما كانت العدالة محلاً للاجتهاد لم يجز نقض الحكم بدعوى سبق الفسق؛ لأن هذه البينة إنما حكم بها الحاكم بالاجتهاد، والاجتهاد لا ينقض بمثله.

وأيضاً: فإن الفسق من الشاهد غير متيقن في حال الشهادة؛ إذ جائز أن يكون عدلاً بتوبته في الحال فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى (٣).

---

(١) سورة المائدة، آية: ١٠٦.

(٢) انظر: الأم ٧/٥٥، الذخيرة ١٠/١٤٢، المغني ١٠/٢٣٢.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٣٦، ٥/١٢٨، البدائع ٢/٢٥٥، مغني المحتاج ٤/٤٣٨.

سبب الخلاف:

منشأ الخلاف في هذه المسألة أمران:

أحدهما: هل حكم الحاكم ينفذ في الظاهر والباطن أم ينفذ في الظاهر فقط ؟، فمن قال بنفاذه ظاهراً وباطناً لم ير نقضه؛ إذ كان حكم الحاكم - على فرض فسق الشاهد - تعديلاً له، ومن يرى نفوذه في الظاهر فقط أو جب نقضه إذا تبين جرح الشهود وفسقهم (١).

الثاني: هل للفاسق شهادة أم لا تصح شهادته بحال ؟، فالأحناف يرون للفاسق شهادة؛ بدليل أنه لو ردت شهادته بفسقه ثم تاب ثم أعادها بعد التوبة لم تقبل منه، ولو لم يكن المردود شهادة لقبلت، أما إذا أقامها بعد التوبة كما لو شهد عبد ردت شهادته، ثم عتق فأعادها قبلت؛ لأن المردود لم يكن شهادة، وعلى الجملة: فهم يرون أن العدالة شرط في أهلية الشاهد وليس في العمل بها، فليس للقاضي أن يحكم بشهادة فاسق؛ لانتفاء الأهلية، لكن لو حكم بها نفذ حكمه، وكان عاصياً (٢).

---

(١) انظر: المهذب ٣٤٢/٢، الإسعاف بالطلب ص: ٢٨.

(٢) انظر: المبسوط ١١٣/١٦، بدائع الصنائع ٢٥٥/٢، فتح القدير ٣٧٦/٧، صنوان القضاء ١٣٧/١.

موازنة وترجيح:

على ضوء ما تقدم ذكره في سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة فقد لا يستقيم ترجيح أحد القولين على الآخر بإطلاق، وإنما الذي يخال: أن القاضي لا يقدم في الغالب على قبول شهادة شاهد حتى تثبت عنده عدالته، فإذا جرح بعد ذلك فقد تعارضت هاهنا بينتان، وليست إحداهما بأولى من الأخرى؛ إذ المفترض في البينة أنها مستوفاة لشروط الأداء وقبول الشهادة، فلو نقض الحكم بعد ذلك لكان فيه ترجيح من غير مرجح، مع أن الأصل في المسلم العدل والسلامة، على أ ن المقصود من الشهادة هو الصدق، والفسق ليس بالضرورة أن يكون مظنة للكذب، فقد يكون الرجل فاسقاً لكن فيه صدق ووفاء، وقد يكون عدلاً في جانب فاسقاً في جانب آخر، ومن هنا لم يأمر الله سبحانه برد شهادة الفاسق بإطلاق، بل أمر بالتثبت في خبره والبحث في مستنده، وما ذاك إلا لأنه قد يصدق فيفوت حق برد شهادته [١].

على أن الأنظار تختلف في تحديد العدل من غيره، والفقهاء وإن كانوا متفقين على أن من شرطه اجتناب الكبائر، وترك الإصرار على الصغائر، إلا أنهم يختلفون أيضاً في تحديد الكبيرة من غيرها، وبعضهم يرى أن الأمور التي تزري بصاحبها مثل المهن الوضيعة والأفعال الدنيئة فسقٌ

---

(١) انظر: الطرق الحكمية ص: ١٧٦.

بصاحبها، مع أن العرف قد لا يستقبح تلك الأمـور ولا يراهـا خـلـلاً بالمروءة [(١)].

إذا تبين هذا فأولى الأقوال بالصواب - فيما يظهر لي والعلم عنـد الله-: أن القاضي إذا أعمل جهده في تزكية الشهود، وثبت عنده بخـبر العدول أو بعلمه صدقهم، فلا ينقض حكمه بعد ذلك، وليس عليـه أن يسمع دعوى في جرحهم؛ لما تقدم، ولأن تجريح من ثبتت عدالته بعد أداء الشهادة والحكم بها يخال فيه التهمة، من جهة أنه لم يُدعى فسقهم إلا بعد الحكم، فهلا ادعي فيهم ذلك قبله؟، ثم في هذا صون للقضاء عن النقض، وسد لذريعة أن يتحرى الناس تجريح الشهود بعد مضي الأحكام بغرض نقضها وإبطالها، والله تعالى أعلم بالصواب.

❁❁❁❁

(١) انظر في شرائط العدل وصفاته: أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٣٣-٢٣٧، القوانين الفقهية لابن جزي ص: ٢٠٣، تبصرة الحكام ١/١٨٥، الأم ٧/٥٣، المغني ١/١٦٩.

المبحث الثاني

الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد

هذه القاعدة تعد من أمهات قواعد الفقه التي تحكم مسائل العبادات والمعاملات على حد سواء، ويندرج تحتها ما لا ينحصر من الفروع والمسائل، وهي وإن كانت بهذا الشمول والاطراد إلا أنها شديدة التعلق بالقضاء، وهي به ألصق من غيره؛ يدل لذلك: أن أكثر ما يحتج بها الفقهاء في الأحكام القضائية، وأكثر فروعها من هذا الباب، ومن هنا صح جعلها من قواعد الحكم القضائي.

وتبدو أهمية هذه القاعدة في أنها تمثل مظهراً من مظاهر التيسير ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية؛ ذلك أن من ضرورة اختلاف مدارك الناس أن تختلف أنظارهم في الحوادث المستجدة والمسائل المظنونة، فلو صح رفع بعض هذه الأنظار ببعض مع تعادلها لما استقر رأي ولا حكم قط، ولشق ذلك على الناس مشقة شديدة، وغير خاف أن التيسير من دعائم القضاء الكبرى وأحد أهم مقاصده، فإذن يكون بحث القاعدة في الجانب القضائي من أولويات ما تبذل فيه النفائس والأوقات، وهذه مطالب بين يدي ذلك.

المطلب الأول
شرح القاعدة وبيان معناها

سبق تعريف الاجتهاد بأنه: "بذل الوسع واستفراغ الجهد في درك حكم شرعي"، إلا أن المراد به هنا ما هو أعم من معناه الاصطلاحي؛ إذ يشمل ثلاثة أنواع [١]:

النوع الأول: اجتهاد المجتهد في الظنيات التي لم يرد فيها دليل قاطع، فمتى غلب على ظنه إصابة الحق عمل به، ثم إذا ظهر له حكم آخر أجراه على مثل تلك المسألة من غير أن ينقض اجتهاده الأول.

النوع الثاني: حكم الحاكم في الحوادث التي ترفع إليه إذا تغير نظره في مثل تلك الحادثة عمل به، ولم يكن له أن ينقض حكمه الأول.

وهذا الحكم يشمل أيضاً ما إذا كان الحاكم غيره، فإنه لا ينقض أحكام من سبقه من القضاة إلى إصدار الحكم في تلك الواقعة كما سيأتي بيانه قريباً بحول الله.

النوع الثالث: مسائل التحري، وهي المسائل التي يتحرى فيها المكلف إصابة الجهة الصحيحة، مثل التحري في معرفة القبلة، وتمييز الماء النجس من غيره، ونحو ذلك، فليس عليه إذا بان له الخطأ في الحكم أن

---

(١) انظر: الإحكام للآمدي ٢٠٩/٤، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه ص: ٣٨٥، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير ص: ٦٠.

يعيد صلاته، حتى لو صلى إلى أربع جهات [١] ، وقيد هذا بما تبيحه الضرورة، أما ما سوى ذلك فلا يجوز التحري فيه، كما لو اشتبهت عليه ميتة بمذكاة، أو أخته بأجنبية [٢].

و"النقض": ضد الإبرام، ويستعمل في لسان العرب بمعنى: إفساد ما أبرم من عقد أو بناء أو عهد، ويكثر استعمال الكلمة بمعنى الهدم، يقال نقض البناء أي هدمه [٣].

والمراد به هنا: إبطال حكم شرعي ثبت باجتهاد سابق باجتهاد مثله[٤].

ومعنى القاعدة: أن المكلف إذا أداه اجتهاده إلى الحكم بشيء ما على وجه غلبة الظن أن يكون ذلك هو حكم الله في تلك المسألة أو الحادثة، ثم ظهر باجتهاد آخر أن الحكم الأول لم يكن على وفق الصواب فإنه لا ينقضه، بل يعمل بما ظهر له فيما يستقبل من مثيلات تلك الواقعة أو المسألة، ويُمضي الحكم الأول [٥].

---

(١) انظر: المبسوط ١٠/١٩٤، الذخيرة للقرافي ٢/١٣٤، روضة الطالبين ١/٢١٩، المغني ١/٢٦٥، ١٠/١٠٣.

(٢) انظر: بدائع الفوائد لابن القيم٤/٨٠٤ المنثور ١/٩٤.

(٣) انظر: المصباح المنير ٢/٢٦١، لسان العرب ٧/٢٤٢.

(٤) انظر ما سيأتي في معنى القاعدة.

(٥) انظر: درر الحكام ١/٣٤، القواعد الفقهية للندوي ص: ١١٣، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص: ٣٣٣.

ولا يفهم من عدم النقض أن المجتهد أو القاضي يلتزم حكمه الأول، بل المراد ترك نقض ما مضى، والحكم بالاجتهاد الحادث فيما يستقبل من مثيلات تلك الواقعة، وهذا مبني على أصل ذكره ابن العربي -رحمه الله- وهو: "أن الأحكام إذا مضت، وجاء النسخ بعدها، فإنما تؤثر في المستقبل، ولا ينقض به ما تقدم" [١].

(١) أحكام القرآن ٤٣٣/١، وانظر مع المراجع السابقة: المبسوط ٨٤/١٦، المنثور للزركشي ٩٥/١.

المطلب الثاني
أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم

لا يخلو مذهب من المذاهب الفقهية المتبوعة من ذكر هذه القاعدة والاحتجاج بها في مسائل الخلاف، وقد أطبقت معظم كتب الأصول والقواعد على ذكرها، وتنوعت عباراتهم عنها، فمن أشهرها: قولهم:

١- "لا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد" (١).

٢- "الأصل أنه إذا مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله، ويفسخ بالنص" (٢).

٣- "الظن هل ينقض بالظن أم لا ؟" (٣).

٤- "الاجتهاد لا يحرم الاجتهاد" (٤).

ومن حيث الجملة: فإن هذه القاعدة متفق عليها بين المذاهب الفقهية المشهورة، والذي يصحح نقل هذا الاتفاق أمران:

١- تواطؤ هذه المذاهب على ذكر القاعدة والتعليل بها كما سلف(٥).

---

(١) انظر: المنثور ٩٣/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣٩/١، درر الحكام ٣٤/١.

(٢) أصول الكرخي ملحق بأصول البزدوي ص: ٣٧٢.

(٣) إيضاح المسالك ص: ٦٣، الإسعاف بالطلب ص: ٣٧ .

(٤) إعلام الموقعين ١٦٩/٣.

(٥) انظر نماذج من احتجاج الفقهاء بها في: المبسوط للسرخسي ٢١٦/١، ٨٤/١٦، =

٢- حكاية طائفة من أهل الأصول الاتفاق عليها في مسألة القاضي لو تغير اجتهاده، فهل له أن ينقض حكمه السابق ؟ (١).

ولكن هذا الوفاق يصح نقله هنا من حيث الجملة، وإلا فإن الفقهاء يختلفون في فروع وأحكام كثيرة من جهة اختلافهم هل ذلك الفرع أو الحكم مما يسوغ الاجتهاد في مثله أم ليس كذلك ؟، وهذا مثل اختلافهم في تمييز ما ينقض من أحكام القاضي في الظنيات مما لا ينقض، وهو خلاف عريض جداً، ولا يكاد يحصل فيه الاتفاق حتى داخل المذهب الواحد.

وإذا نظرنا في المذهب الظاهري وجدنا أنه أشد المذاهب في مسائل هذا الباب، فهو لا يجيز الإقرار على ما تبين خطؤه أو بطلانه من مسائل الاجتهاد التي تختلف فيها الأنظار، بل متى تبين الخطأ وجب نقضه، ولم يحل إقراره والمضي عليه بحال (٢).

ومستندهم في هذا قول عمر في رسالته لأبي موسى الأشعري - رضي الله عنهما-: "ولا يمنعنك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق، فإن الحق ومراجعته خير من الباطل والتمادي فيه" (٣).

= مواهب الجليل ٥٠٨/١، روضة الطالبين ١٠٧/١١، الإنصاف ١٠/١، ٣١١.

(١) انظر: الإحكام للآمدي ٢٠٩/٤، الإحكام للقرافي ص ٨٠-٨١، المنثور ٩٣/١.

(٢) انظر: الإحكام لابن حزم ٦٨/٥- ٧٢، المغني ١٠٣/١٠.

(٣) هذا الأثر جزء من الرسالة المذكورة، أخرجه الدارقطني (٢٠٦/٤-٢٠٧) =

وغير خاف أن هذا لا يعارض ما استدل به الجمهور لصحة إبرام الأحكام الاجتهادية، وذلك أن ظاهر هذا الأثر إنما هو في الباطل المجانب للحق، وهذا لا يختلف فيه أحد، أعني أن الجميع يرون أن القاضي إذا تبين له قضاء بخلاف الحق نقضه، وجلي أن ذلك لا يكون إلا حيث يعارض نص كتاب، أو سنة متواترة، أو إجماع الأمة، أو خالف قواعد الشريعة وأصولها، أو كان على خلاف المصلحة المعتبرة التي يفوت بفواتها خير كثير أو يحصل ضرر كبير، فكل ذلك مما ينقض فيه قضاؤه على ما نصوا عليه [(١)].

وإذا تبين هذا فإن القاعدة مفروضة في المسائل الاجتهادية حيث يتقارب النظران تقارباً لا يبعد وهم الإصابة، أو المصير إلى أن كل واحد من المجتهدين مصيب في حكمه [(٢)].

= والبيهقي في (السنن ١٠/١٣٥) قال ابن عبد البر: "وقد روي هذا الأثر من وجوه كثيرة من رواية أهل الحجاز والعراق والشام" (الاستذكار ٧/١٠٣).
وقال ابن حجر: "وساقه ابن حزم من طريقين وأعلهما بالانقطاع، ولكن اختلاف المخرج فيهما مما يقوي أصل الرسالة سيما وأن في بعض طرقه أن الراوي أخرج الرسالة المكتوبة" (التلخيص الحبير ٤/ ١٩٦)، وصححه الألباني في (إرواء الغليل ٨/٢٢٦) .

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٤، الأم ٦/٢٠٤، ٧/٩٤، الذخيرة للقرافي ١٠/١٣٩، المغني ١٠/١٠٣، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ٢/٥٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٣٩-١٤٣.

(٢) انظر: الوسيط ٧/٣٠٧.

وقد قام من أدلة الشرع والعقل ما يقطع معه النظر بصحة هذه القاعدة، فمن دلائل ذلك:

١- إجماع الصحابة ﷺ على إمضاء الأقضية التي اختلفوا فيها، فإن أبا بكر حكم في مسائل باجتهاده وخالفه عمر، ولما ولي الخلافة بعده لم ينقض أحكامه مع تمكنه من ذلك، وعلي خالف عمر وأبا بكر في اجتهادهما فلم ينقض أحكامهما لما ولي الخلافة بعدهما [١].

٢- أن عمر ﷺ قضى في امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها وإخوتها لأمها وإخوتها لأبيها باشتراك الإخوة للأم والأب مع الإخوة للأم في الثلث، فقال له رجل: إنك لم تشرك بينهم عام كذا وكذا، فقال: "تلك على ما قضينا يومئذ، وهذه على ما قضينا اليوم" [٢].

قال ابن القيم -رحمه الله-: "فأخذ أمير المؤمنين في كلا الاجتهادين بما ظهر له أنه الحق، ولم يمنعه القضاء الأول من الرجوع إلى الثاني، ولم ينقض الأول بالثاني، فجرى أئمة الإسلام بعده على هذين الأصلين" [٣].

(١) المغني ١٠/١٠٤، أدب القاضي للماوردي ١/ ٦٨٩، الأشباه للسيوطي ص ١٠١.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في (المصنف١٠/٢٤٩) وابن أبي شيبة في (المصنف ٦/٢٤٧) والدارقطني في (السنن ٤/٨٨) والبيهقي في (السنن الكبرى ٦/٢٥٥) وابن عبد البر في (جامع بيان العلم وفضله ٢/٨٤-٨٥)، قال محققه أبو الأشبال الزهيري: "إسناده صحيح، ورجاله ثقات".

(٣) إعلام الموقعين ١/١١١.

٣- ما أثر عن عمر ﷺ أنه لقي رجلاً فقال له: "ما صنعت؟ قال: قضى علي وزيد بكذا، قال: لو كنت أنا لقضيت بكذا، قال: فما يمنعك والأمر إليك؟ قال: لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة نبيه ﷺ لفعلت، ولكني أردك إلى رأي، والرأي مشترك" (١).

٤- أن الظنون المتعادلة لو نقض بعضها ببعض لما استمر حكم، ولشق الأمر على الناس، فإنه لو جاز نقض حكمه إما بتغيير اجتهاده أو بحكم حاكم آخر لأمكن نقض الحكم بالنقض، ونقضُ نقضِ النقض إلى ما لا نهاية، ويلزم من ذلك اضطراب الأحكام، وعدم الوثوق بحكم الحكام، وبقاء الخصومة على حالها بعد الحكم، وكل ذلك خلاف المصلحة التي من أجلها نصب الحكام (٢).

٥- أن الشارع جعل للحاكم أن ينشئ الحكم في مواضع الاجتهاد بحسب ما يقتضيه الدليل عنده أو عند إمامه الذي قلده، وإذن فهو مخبر عن الله تعالى بذلك الحكم بعد ما بذل فيه جهده واستفرغ له وسعه، فلا جرم بعد ذلك أن يصح حكمه ؛ إذ لا يؤمر بشيء ثم ينقض عليه، فيكون حكمه بالنسبة لما يعارضه بمنزلة النص الخاص مع العام (٣).

---

(١) أسنده ابن شبة في تاريخ المدينة ٦٩٣/٢، وهو في جامع بيان العلم وفضله دون إسناد (٨٥٤/٢).

(٢) انظر: الفروق ١٩٤/٢، الإحكام ٢٠٩/٤، المنثور ٩٣/١، الموافقات ١٣٨/٥.

(٣) انظر الفروق ١٩٥/٢-١٩٦.

هذا وقد تقدم لنا في مبحث الخلاف المعتبر جملة من الآثار وأقوال الأئمة الدالة على أن مسائل الاجتهاد موضوعة بقصد السعة على المكلفين، وأن الإنكار فيها غير سائغ، وكل ذلك مما يؤيد قاعدة الباب ويشهد لها، والله أعلم.

المطلب الثالث
أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة

الفقهاء وإن اتفقوا على الأخذ بمضمون هذه القاعدة إلا أنه حدث بينهم خلاف في بعض فروعها؛ بسبب اختلافهم في تلك الفروع هل هي من مسائل الاجتهاد التي يمضى فيها الرأي أم أنها لا تبلغ ذلك ؟، ومن أشهر تلك المسائل ما يلي:

١- القضاء بشاهد ويمين في الأموال:

اختلف الفقهاء -رحمهم الله- في القضاء بشاهد المدعي ويمينه في الأموال على قولين:

القول الأول: جواز القضاء بشاهد ويمين في الأموال خاصة، وهذا مذهب الجمهور ، ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية [١].

القول الثاني: لا يجوز القضاء بشاهد ويمين في شيء من الحقوق، وهو مذهب الحنفية [٢].

---

(١) انظر: الموطأ ٧٢١/٢، الاستذكار ١١٠/٧-١١١، الأم ٧/٧، ٢٧، مغني المحتاج ٤٤٣/٤، المغني ١٥٨/١٠، المحلى ٤٠٣/٩، شرح صحيح مسلم للنووي ٤/١١، فتح الباري ٢٨١/٥ .

(٢) انظر: شرح معني الآثار للطحاوي ١٤٥/٤، أحكام القرآن للجصاص ٢٤٧/٢، المبسوط ٢٩/١٧، بدائع الصنائع ٢٢٥/٦، إعلاء السنن ٣٥٨/١٥-٣٩٤.

أدلة الجمهور:

١- حديث عبد الله بن عباس -رضي الله عنهما-: "أن النبي ﷺ قضى بيمين وشاهد" [١].

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الحدود، باب القضاء بشاهد ويمين (١٣٣٧/٣ح ١٧١٢).

وقد طعن في صحته بعض الأحناف مثل أبي جعفر الطحاوي وأبي بكر الجصاص وبعض المتأخرين، يقول أبو بكر الجصاص: "والمانع من قبول هذه الأخبار وإيجاب الحكم بالشاهد واليمين بها وجوه: أحدها: فساد طرقها، والثاني: جحود المروي عنه روايتها، والثالث: رد نص القرآن لها، والرابع: أنها لو سلمت من الطعن والفساد لما دلت على قول المخالف، والخامس: احتمالها لموافقة الكتاب". (أحكام القرآن ٢/٢٥٠)، وقد روي عن الزهري إنكاره للحكم بشاهد ويمين، وسئل عنه فقال: "هي بدعة، وأول من قضى بها معاوية" خرجه عنه ابن أبي شيبة في (المصنف ٧/٢٥٠) وبه يتمسك الأحناف في تقوية قولهم بضعف الخبر.

والحق -إن شاء الله- أن الحديث صحيح كالشمس، ويكفيه أن عدد رواته من الصحابة بلغ نيفا وعشرين نفساً، وهذا العدد يثبت التواتر بأقل منه، والزهري إنما أنكره لأنه غاب عن علمه كما يقول ابن حزم في (المحلى ٩/٤٠٥). وانظر ما قيل عن أحاديث الباب بتوسع في الاستذكار ٧/١١١، فتح الباري ٥/٢٨٢، التلخيص الحبير ٤/٢٠٥، وانظر للأحناف: شرح معاني الآثار ٤/١٤٥، نصب الراية ٤/٩٦، إعلاء السنن ١٥/٣٥٨-٣٩٤.

٢- عن جابر بن عبد الله ﷺ: "أن النبي ﷺ قضى بالشاهد الواحد مع يمين الطالب" [١].

أدلة الأحناف:

١ - قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [٢].

ووجه الدلالة من هذه الآية: أنها حصرت الحكم بالشهادة في رجلين، ورجل وامرأتين، وليس فيها شهادة رجل واحد مع يمين الطالب، فالمصير إليها زيادة على النص، والزيادة على النص نسخ، ولا يثبت نسخ القرآن بخبر الواحد [٣].

٢- قوله ﷺ: "البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه" [٤].

---

(١) أخرجه أحمد في (المسند ٣/٣٠٥) والترمذي في الجامع، كتاب الأحكام، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد (٣/٦٢٨ح ١٣٤٤) وابن ماجه في السنن: كتاب الأحكام، باب القضاء بالشاهد واليمين (٢/٧٩٣ح ٢٣٦٩) والبيهقي في (السنن ١٠/١٧٠) وهو مرسل، لكنه يتقوى بشواهده الكثيرة. انظر: (التلخيص الحبير ٤/٢٠٦) .

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٨٢.

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٤٧، ٢٥٢ شرح معاني الآثار ٤/١٤٧.

(٤) أخرجه بهذا اللفظ: الترمذي في الجامع، كتاب الأحكام، باب ما جاء أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه (٣/٦٢٥ح ١٣٤١)، والبيهقي في (سننه١٠/٢٥٢) عن جملة من الصحابة -رضي الله عنهم-، =

ووجه الدلالة منه: أن البينة اسم للجنس، فاستوعبت ما تحتها من البينات، فما من بينة إلا وهي التي على المدعي، فإذن لا يجوز أن يكون عليه اليمين، والحديث فرق بين اليمين والبينة، فغير جائز أن تكون اليمين بينة؛ لأنه لو جاز أن تسمى اليمين بينة لكان بمنزلة قول القائل: البينة على المدعي، والبينة على المدعى عليه [1].

الموازنة والترجيح:

قضاء النبي ﷺ بشاهد ويمين روي عن نيف وعشرين من أصحابه ﷺ، والرواية عنهم بذلك تبلغ مبلغ التواتر كما صرح بذلك الأئمة [2].

ولا يوجب الأخذُ بهذه الأحاديث ردَّ ظاهر القرآن أو نسخَه؛ لأن ذلك يصح لو نازع أحد في الإثبات بشاهدين وشاهد وامرأتين، ولا نزاع فيه، والنسخ لا يسلم هنا؛ لأن معناه الرفع والإزالة، والزيادة في الشيء تقرير له لا رفع، والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه [3].

= وقد ضعف طائفة من العلماء هذا الحديث، لكن له شواهد في الصحيح وغيره يرتقي بها إلى درجة الحسن لغيره. انظر: (فتح الباري ٥/٢٨٢-٢٨٣)، (التلخيص الحبير ٤/٢١٨).

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٤٨، المبسوط ١٧/٢٩.

(٢) انظر: الاستذكار ٧/١١١، الطرق الحكمية ص: ١٣٣، فتح الباري ٥٠/٢٨٢، التلخيص الحبير ٤/٢٠٦.

(٣) انظر: الأم ٧/٢٠-٢١، الفروق ٤/١٦٦-١٧٠، المغني ١٠/١٥٨.

ثم الآية واردة في سياق التحمل وحفظ الحقوق، وقد يحفظ الحق بغير ما يثبت به عند الحاكم.

يقول ابن القيم -رحمه الله-: "وليس في القرآن ما يقتضي أنه لا يحكم إلا بشاهدين أو شاهد وامرأتين، فإن الله سبحانه إنما أمر بذلك أصحاب الحقوق أن يحفظوا حقوقهم بهذا النصاب، و لم يأمر بذلك الحكام أن يحكموا به فضلاً عن أن يكون قد أمرهم أن لا يقضوا إلا بذلك، ولهذا يحكم الحاكم بالنكول واليمين المردودة والمرأة الواحدة والنساء المنفردات لا رجل معهن وبغير ذلك من طرق الحكم التي لم تذكر في القرآن، فإن كان الحكم بالشاهد واليمين مخالفاً لكتاب الله فهذه أشد مخالفة لكتاب الله منه، وإن لم تكن هذه الأشياء مخالفة للقرآن فالحكم بالشاهد واليمين أولى أن لا يكون مخالفاً للقرآن، فطرق الحكم شيء، وطرق حفظ الحقوق شيء آخر، وليس بينهما تلازم، فتحفظ الحقوق بما لا يحكم به الحاكم مما يعلم صاحب الحق أنه يحفظ به حقه، ويحكم الحاكم بما لا يحفظ به صاحب الحق حقه ولا خطر على باله من نكول ورد يمين وغير ذلك" [١].

ومع ظهور هذه الأدلة فإن الأحناف يعتذرون عنها بأصلهم في أن الزيادة على النص نسخ، والنسخ لا يثبت بخبر الواحد، ويردون أحاديث الباب بحجة عدم صحتها، وأنها بدعة لم يُعرف القضاء بها عن السلف [٢].

---

(١) الطرق الحكمية ص: ١٣٥.

(٢) انظر: شرح معاني الآثار ١٤٥/٤، نصب الراية ٩٦/٤، إعلاء السنن ١٥/٣٥٨-٣٩٤.

قالوا: وعلى فرض صحة الحديث فهو مجمل لا يجوز أن يؤخذ به ويعارض بمثله القرآن، ووجه إجماله: أنه يحتمل ما ذكره الجمهور من صحة القضاء بشاهد ويمين، ويحتمل أن يكون معناه: قضى تارة بشاهد يعني بجنسه، وتارة بيمين، فلا دلالة فيه على الجمع بينهما، وهذا كما يقال: ركب زيد الفرس والبغل، والمراد على التعاقب، ويحتمل أن يكون المراد به يمين المدعى عليه، فإنها تجب عليه بمجرد الدعوى، وقد يجوز أن يكون أريد به يمين المدعي مع شاهده الواحد لأن شاهده الواحد كان ممن يحكم بشهادته وحده، وهو خزيمة بن ثابت رضي الله عنه (١).

قالوا: فلا يستقيم لأحد أن يأتي إلى خبر قد احتمل هذه التأويلات فيعطفه على إحداها بلا دليل يدله على ذلك من كتاب أو سنة أو إجماع، ثم يزعم أن من خالف ذلك مخالف لما روي عن رسول الله ﷺ (٢).

ويقولون أيضاً: "لما أراد الله سبحانه الاحتياط في إجازة شهادة

---

(١) خزيمة بن ثابت بن الفاكه بن ثعلبة الخطمي الأنصاري، يكنى أبا عمارة يعرف بذي الشهادتين، إذ جعل رسول الله ﷺ شهادته بشهادة رجلين، شهد بدراً وما بعدها من المشاهد، وكانت راية خطمة بيده يوم الفتح، وكان مع علي رضي الله عنه بصفين، فلما قتل عمار جرد سيفه فقاتل حتى قتل وذلك سنة ٣٧. انظر: طبقات ابن سعد ٣٧٨/٤، الاستيعاب ٤٤٨/٢، الإصابة ٢٧٩/٢.

(٢) انظر: شرح معاني الآثار ١٤٥/٤-١٤٦، أحكام القرآن ٢٥٣/٢، تبيين الحقائق ٢٩٤/٤.

النساء أوجب شهادة المرأتين وقال: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ ثم قال: ﴿ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓا۟﴾ [(١)]، فنفى بذلك أسباب التهمة والريب والنسيان، وفي مضمون ذلك ما ينفي قبول يمين الطالب والحكم له بشاهد واحد؛ لما فيه من الحكم بغير ما أمر به من الاحتياط والاستظهار ونفي الريبة والشك، وفي قبول يمينه أعظم الريب والشك وأكبر التهمة وذلك خلاف مقتضى الآية" [(٢)].

قلت: هذه الحجج إن أمعن النظر فيها منصف ألفاها لا تنتهض لمعارضة حديث صحيح صريح في القضاء بشاهد ويمين، وليس من دأب المنصف أن يعمد إلى الأخبار الصحيحة فيؤولها على غير وجهها لمجرد الانتصار للمذهب، وما ذكروه من أمر الريبة لعمري إنه صحيح في النظر؛ لأنه ليس يعز على الكاذب في دعواه أن يجد من يشهد له على كذبه، ثم هو يحلف ولا يبالي، لكن هذا أيضاً لا يقوى على معارضة الحديث؛ لأنه حيث استراب القاضي في مثل هذا فله أن لا يقبل شهادته ولا يمينه، فإن للقاضي أن يجتهد في طرق الإثبات وردها، ولا يعد بذلك مخالفاً للحديث؛ لأن ذلك من السياسة العادلة التي هي جزء من أجزاء الشريعة، وإنما القضاء بشاهد ويمين مفروض حيث يظهر صدق المدعي وشاهده، ولا بد لذلك من ضمائم وقرائن تثبت صدقهما وانتفاء الريبة عنهما،

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٨٢.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٤٨.

والذي يساعد على هذا المحمل: أن النبي ﷺ قضى أيضاً بغير هذا الطريق من طرق الإثبات، فدل ذلك على أن كل قضية كانت لها ملابسات وخصائص أوجبت إثباتها إما بشاهدين أو بأقل أو بأكثر حسبما تقتضيه كل قضية، والأمر في ذلك موكول إلى اجتهاد القاضي [1].

وإلى هذا فليس للقاضي أن يحكم بشاهد ويمين كلما أمكن المدعي ذلك، بل لا بد أن يكون الشاهد مبرزاً في العدالة، والمدعي ظاهر الصدق والأمانة، ويحلف على هيئة توجب غلبة الظن بصدقه، ومع هذه الأمور الثلاثة فإنه يبعد جداً أن يكون كاذباً في دعواه، وإن جاز كذبه فهو جائز في جميع طرق الإثبات، وإنما التكليف حاصل بغلبة الظن لا باليقين الجازم.

إذا تبين هذا الخلاف ودلائله، فإذا حكم القاضي بشاهد ويمين، ثم رفعت القضية إلى قاض حنفي لا يرى صحة القضاء به هل له أن ينقضه أم ليس له ذلك ؟.

وللجواب أقول: مقتضى مذهب الأحناف في موافقتهم للجمهور على عدم نقض الاجتهاد بمثله: أن من حكم بشاهد ويمين فحكمه نافذ

---

(١) مما رد به خبر هذا الباب : أنه حكاية قضية من النبي ﷺ ليس بلفظ عموم في إيجاب الحكم بشاهد ويمين حتى يحتج به في غيره و لم يبين لنا كيفيتها في الخبر، كما يقوله أبو بكر الجصاص في (أحكام القرآن ٢/٢٥٣)، وقد علمتَ أن الأمر في هذا موكول إلى اجتهاد القاضي، وإلا أمكن رد جميع قضايا النبي ﷺ بحجة أنها قضايا أعيان لم يبين لنا كيفياتها.

ولا يصح نقضه، وهذا ما صرح به بعض الأحناف، وهو الذي يطرد على أصل أبي حنيفة -رحمه الله- في هذا الباب، وهو أن القضاء في فصل مجتهد فيه ينفذ ولا ينقض.

ومن الأحناف من يرى أنه لا ينفذ مطلقاً، ويعللون ذلك بأنه قول خلاف القرآن والسنة، ولا يحتمل الخلاف، وهو منقول عن الصاحبين.

والقول الثالث: أن القضاء بشاهد ويمين يتوقف على إمضاء قاض آخر، فإذا أمضاه، وحكم بصحته فهو نافذ، وليس لأحد نقضه، وإذا أبطله فهو باطل، وليس لأحد إمضاؤه، وهذا بناء على أن الخلاف إذا اتصل به حكم حاكم أكسبه قوة، وصيره مما يراعى ويعتبر [1].

والمختار: أن القضاء بشاهد ويمين نافذ متى خلا من التهمة؛ فإن الخلاف فيه مما قوي مدركه، وإذا لم يكن مثله مما يعتبر فلا جرم أن تنقض مسائل الخلاف كلها، فإنها إن لم تكن مثله في القوة فهي دونه، ومن هنا قال ابن قدامة: إن القول بنقض القضاء بشاهد ويمين تناقض من قائله [2]؛

---

(١) ذكر بعض الأحناف أن القول بعدم النقض يجيء أيضاً على قول محمد بن الحسن كالإمام أبي حنيفة، ولكن ابن عبد البر نَقل عنه في (الاستذكار ١١/٧) قوله: "يفسخ القاضي القضاء به لأنه خلاف القران". وانظر: الفواكه البدرية ص: ١٣٤-١٣٨، فتح القدير ٣٠١/٧، البحر الرائق ١١/٧، صنوان القضاء وعنوان الإفتاء ٢٥٣/٣، الفتاوى الهندية ٣٥٩/٣ .

(٢) المغني ١٠٣/١٠.

ووجه ذلك: أنه نص أولاً على أن الاجتهاد في محال الخلاف نافذ، ثم استثنى هذه المسألة وأشباهها مع أن الخلاف فيها مما قوي مدركه، وليست هي من مسائل القطع في الشريعة حتى تنفى عنها صفة الاجتهاد، والله تعالى أعلم وأحكم.

٢- النكاح بدون ولي:

سبق ذكر الخلاف في حكم النكاح بلا ولي، والمراد هنا: إذا عُقد نكاح بلا ولي، وحكم بصحته حاكم، فهل يجوز له أو لغيره نقضه بعد ذلك إن كان ممن لا يرى صحة هذا النكاح؟.

اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في هذه المسألة على قولين:

أحدهما: أنه ليس للحاكم نقض الحكم بصحة النكاح، وهذا مذهب جمهور من يرى أن الولي شرط في صحة النكاح، وهو المذهب عند المالكية والشافعية والحنابلة، إلا أن المالكية يشترطون لذلك أن يكون الحاكم بالصحة ممن يرى جواز هذا العقد، أما لو كان ممن لا يراه كالمالكي فلغيره نقضه [(١)].

الثاني: أنه إذا لم يكن يرى صحته فله نقضه، وهذا قول عند الشافعية والحنابلة [(٢)].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٧/٤، روضة الطالبين ١٥١/١١، مغني المحتاج ٣٩٧/٤، المغني ٦/٧.

(٢) انظر: روضة الطالبين ١٥١/١١، الإنصاف ٦٨/٨.

الأدلة:

عمدة من رأى عدم نقض هذا الحكم: أنها مسألة خلافية يسوغ فيها الاجتهاد، وليس حكمه بالنقض بأولى من حكم الأول بالصحة.

قال أبو محمد بن قدامة -رحمه الله- : "فإن حكم بصحة هذا العقد (يعني عقد نكاح بلا ولي) حاكم أو كان المتولي لعقده حاكما لم يجز نقضه، وكذلك سائر الأنكحة الفاسدة؛ لأنها مسألة مختلف فيها، ويسوغ فيها الاجتهاد" [١].

وعمدة المالكية في اشتراطهم كون الحاكم ممن يرى صحة هذا العقد: أنه إذا حكم بصحته وهو لا يراه فقد خرج عن رأي مقلّده، والخروج عن رأي المقلد موجب للنقض[٢].

وأما من رأى إبطال هذا العقد ونقضه، فعمدته: أنه عقد صحت النصوص والأقيسة ببطلانه، وما وقع خلاف النص فإنه لا جرم ينقض[٣].

الموازنة والترجيح:

مذهب الجمهور في هذه المسألة أخلق بالصواب - إن شاء الله -؛ وذلك لقوة الخلاف في اشتراط الولاية في النكاح كما سلف بيانه، وإذا كان الأمر كذلك، فإن نقض مثل هذا الحكم بالإضافة إلى أنه خلاف

---

(١) المغني ٦/٧.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ١٥٧/٤.

(٣) انظر روضة الطالبين ١٥١/١١، المغني ٦/٧.

قاعدة الباب، فلا مصلحة فيه إلا مشاقة الحكام، وتفويت المصالح المترتبة على النكاح، وكون البطلان قامت عليه أدلة صحيحة في الجملة لا يمنـــع من إمضائه؛ لأن الخلاف يتقوى بحكم الحاكم حتى يصير بمنزلة النص كما تقدم.

وما ذكره المالكية من اشتراط كون الحاكم ممن يرى صحة النكاح بلا ولي لا يخفى بعده؛ لأن الحاكم قد يخالف مذهب إمامـــه في بعـــض المسائل ولا يعد بذلك خارجاً عن المذهب، ثم العبرة بما يُظن أنه الـــراجح لا بما قاله الأئمة. والله تعالى أعلم وأحكم.



المبحث الثالث
حكم الحاكم لا ينفذ فيمن يتهم به

هذه القاعدة تعبر عن خاصية أخرى من خصائص الحكم القضائي في الفقه الإسلامي، وهي: أنه لا ينفذ حيث تكون التهمة لائحة، ويخشى من استمالة القاضي برابطة نسب أو شراكة أو نحوهما مما يمكن أن يحيد بالقاضي عن جادة العدل والصواب.

وهذا مما يؤكد بناء هذه الشريعة الغراء على العدل التام، وحرصها الشديد على سد جميع السبل والأسباب التي يمكن أن تفضي إلى جور أو نوع محاباة لا تتوافق مع المقصود الأعظم من ولاية القضاء الذي هو العدل والإنصاف.

ومن هنا يتبين أن هذه القاعدة ترتبط بقاعد الذرائع التي هي من قواعد الشرع الكبرى، فإذن لا جرم أنها تستمد مصداقيتها من أدلتها وشواهدها في الشرع، وارتباطها بالعدل مما يظهر أهميتها في مجال الحكم والقضاء، وهذه مطالب لاستجلاء معناها وحكمها.

المطلب الأول
شرح القاعدة وبيان معناها

"ينفذ" من النفاذ أو النفوذ وهو في لسان العرب: الجواز والمضـــي، يقال: نفذ الأمر نفاذاً ونفوذاً إذا جاز ومضى، ومنه قولهم: نفذ السهم من الرمية أي: خالط جوفها، ثم خرج طرفه من شقها الآخر [١].

والمراد بنفوذ الحكم القضائي: أن تترتب على صدوره الآثار الشرعية المتعلقة بموضوع الحكم من إنهاء المخاصمة، وثبوت الحق للمحكوم لـــه، ولزوم الواجبات عليه [٢].

ومعنى القاعدة: أن القاضي إذا حكم لمن يتهم عليه لسبب أو نسب فإن حكمه له مردود، ويجب نقضه سواء منه أو من غيره.

وليس هذا الحكم على إطلاقه، أعني أنه ليس كلما عنَّت التهمة في حكم ما نُقض، بل التهمة المعتبرة هنا هي التي يغلـــب في الظـــن عنـــد وجودها أن يكون الحاكم قد جار في حكمه، أو حاب أحداً بغير حـــق، وأما ما عداها من التهم الضعيفة فلا اعتبار لها؛ إذ ما من حكم إلا تجـــوز فيه مثل هذه التهمة، ولو اعتبرت لما استقر حكم البتة، والمرجع في تحديد

---

(١) انظر: لسان العرب ٣/٥١٤، المصباح ٢/٦١٦.

(٢) انظر: نفوذ الحكم القضائي لمحمد الملا ص: ١٨٠، مقال نشر ضمن مجلة العدل عدد: ٣٠.

رتب التهم هو السبب المثير للتهمة، فمتى كان داعياً للستر على المحكوم له والميل إلى جهته وغلب فيه ذلك كانت التهمة قوية، وما كان بخلاف ذلك لم يلتفت إلى ما يخال فيه من تهمة [١].

المطلب الثاني
أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم

القاعدة بهذا اللفظ من عبارة الباحث وتصرفه قصداً للاختصار، وقد ذُكرت بلفظ أبسط منه وهو: "كل ما حكم به لنفسه وولده ووالده ومن لا تجوز له شهادته رد حكمه" [٢].

وعبر عنها بعضهم بلفظ: "كل من لا تجوز شهادته له من أبيه أو أمه أو زوجته أو ابنه لا يجوز قضاؤه له ولا لوكيله، وكل من جازت شهادته له جاز قضاؤه له" [٣].

وبعد بحث حثيث حول هذه القاعدة لم أطلع على خلاف لأحد من أهل العلم في مضمونها، اللهم إلا ما يفهم من كلام أبي محمد بن حزم وسائر أهل الظاهر من خلاف فيها من حيث الجملة، فقد صرح ابن حزم بأن: "ليس للتهمة في الإسلام مدخل"، وأن "كل عدل فشهادته مقبولة

---

(١) انظر: قواعد الأحكام ٢/٢٩، الفروق ٤/٨٣ .

(٢) الحاوي للماوردي ١٦/٣٣٨.

(٣) المبسوط ١٩/٢٨، وانظر: القوانين الفقهية ص: ١٩٦، المغني ١٠/١٣٦.

لكل أحد وعليه، والأقارب في هذا كالأباعد" [١]، ولكن أصول الشريعة وأدلتها توهن هذا القول على ما يأتي بيانه بحول الله.

وفقهاء المذاهب المتبوعة متفقون من حيث الجملة على أن للتهمة تأثيراً في كثير من الأحكام، ولذلك نجدهم يعللون بها في أبواب المعاملات بكثرة، والذي يصحح نقل الوفاق قول ابن رشد - رحمه الله-: "وقد أجمعوا أن للتهمة تأثيراً في الشرع" [٢].

ويقول القرافي – رحمه الله-: "قضاء الحاكم في موضع التهمة يفسخ كقضائه لنفسه؛ لأن القاعدة: أن التهمة تقدح في التصرفات إجماعاً من حيث الجملة، وهي مختلفة المراتب، فأعلى رتبها معتبر إجماعاً كقضائه لنفسه، وأدنى رتب التهم مردود إجماعاً كقضائه لجيرانه وأهل حيه وقبيلته، والمتوسط من التهم مختلف فيه هل يلحق بالأول أو بالثاني" [٣].

ويقول ابن القيم -رحمه الله-: "التهمة مؤثرة في باب الشهادات والأقضية وطلاق المريض وغير ذلك، فلا تقبل شهادة السيد لعبده، ولا العبد لسيده، ولا شهادة الوالد لولده وبالعكس، ولا شهادة العدو على عدوه، ولا يقبل حكم الحاكم لنفسه، ولا ينفذ حكمه على عدوه، ولا يصح إقرار المريض مرض الموت، ولا تمنع المرأة الميراث بطلاقه لها لأجل التهمة، ولا يقبل

---

(١) المحلى ٩/٤١٥، ٤١٧.

(٢) بداية المجتهد ٢/٣٥٢.

(٣) الفروق ٤/٨٣.

قول المرأة على ضرتها أنها أرضعتها إلى أضعاف ذلك مما لا يقبل للتهمة"[١].

وهذا الذي قرره العلماء هو الذي دلت عليه أصول الشريعة وأدلتها:

فمن ذلك: قوله ﷺ: "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين" [٢].

وقال الإمام الزهري -رحمه الله-: "مضت السنة أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين" [٣].

وكتب الخليفة عمر بن عبد العزيز -رحمه الله - أن: "لا يجوز من الشهداء إلا ذو العدل غير المتهم" [٤].

وهذا الحكم وإن كان وارداً في خصوص الشهادة إلا أنه في القضاء آكد وأولى؛ لأن أقرب الأسباب إلى القضاء الشهادة، وبها يصح ويثبت، ولذلك قاس الفقهاء أحدهما على الآخر [٥].

ومما يدل على اعتبار التهمة في خصوص القضاء: أن النبي ﷺ وهو

---

(١) الطرق الحكمية ص ٩٩-١٠٠.

(٢) الظنين: هو المتهم كما جاء تفسيره في بعض روايات الحديث، وقد أخرجه عن طلحة بن عبد الله بن عوف: البيهقي في السنن ٢٠١/١٠ من طريق أبي داود في (المراسيل)، وابن حزم في المحلى ٩/٤١٤، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف ٣٢٠/٨ موصولاً عن أبي هريرة، وهو حديث له طرق يقوي بعضها بعضاً كما حققه ابن حجر في التلخيص الحبير ٢٠٣/٤.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن ٢٠٢/١٠.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٣١٩/٨.

(٥) انظر: المبسوط ٢٨/١٩.

سيد الحكام كان يعلم من المنافقين ما يبيح دماءهم وأموالهم، ويتحقق ذلك، ولا يحكم فيهم بعلمه مع براءته عند الله وملائكته وعباده المؤمنين من كل تهمة؛ لئلا يقول الناس: إن محمداً يقتل أصحابه [1].

ومن طريق المعنى: فإن المقصود الأعظم من ولاية القضاء هو العدل والإنصاف، ولا بد من ظهور هذا المقصد في القاضي على وجه تطمئن معه الخصوم، فإذا كان يُتهم أن يجر لنفسه نفعاً أو يدفع عنها ضرراً فقد فات تحقق هذا المقصد بالريبة ولو كان يجوز في نفس الأمر أن يكون عدلاً؛ فإن الأحكام تبنى على الظاهر، والشرع يبالغ في صون هذا المنصب من التهم والريَب حتى لا يجد المرجفون طريقاً للطعن فيه، وإذن لا جرم أن يَفصل في القضية غيره، ولا يعوز المتنازعين أن يجدوا قاضياً آخر لا تتطرق إليه تهمة.

وعلى الجملة: فعامة دلائل الذرائع شاهدة لهذه القاعدة وصحتها؛ فإنها فرع من فروعها.

---

(١) الحديث تقدم تخريجه ص: (٢٤٢)، والكلام المذكور لابن القيم في الطرق الحكمية ص: (١٠٠).

المطلب الثالث

أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة

١- قضاء القاضي لنفسه وشريكه:

أما حكم القاضي لنفسه: فالفقهاء متفقون على عدم صحته والاعتداد به [١].

والسبب في ذلك: أنه مؤتمن في حق غيره لا في حق نفسه، ولأن الإنسان مجبول على الانتصار لنفسه وإيثارها على غيره، ولا يعوز من يحكم لنفسه أن يجد دليلاً يتعلق به في الاستئثار بالحق دون خصمه، فاقتضت الضرورة وجود حاكم آخر [٢].

وأما حكمه لشريكه: فإن كان الحكم يتعلق بما هو شريكه فيه فالذي يظهر أن المذاهب الفقهية المتبوعة متفقة على أن حكمه له غير نافذ كشهادته له؛ ولأنه يتهم في حكمه؛ لما يحصل بحكمه من نفع نفسه ودفع الضرر عنها فيكون حاكماً لنفسه.

وأما إن كان الحكم في غير ما هو شريكه فيه فالحكم ماض والقضاء مبرم؛ لانتفاء التهمة حينئذ، والأصل أن القضاء صحيح نافذ [٣].

---

(١) بدائع الصنائع ٨/٧، تبصرة الحكام ٧٢/١، الأم ٢١٦/٦، المغني ١٣٦/١٠.

(٢) انظر مع المراجع السابقة: الحاوي للماوردي ٣٣٨/١٦.

(٣) انظر: المبسوط ١٤٦/١٦-١٤٧، ٢٨/١٩، فتح القدير ٤٠٤/٧، حاشية الدسوقي ١٦٩/٤،١٥٢، روضة الطالبين ١٤٥/١١، المغني ١٣٦/١٠، ١٨٤.

وفي مذهب الجمهور عدا الحنفية قول مقابل المختار مقتضاه جواز القضاء للشريك ونفوذه؛ بناء على أنه حكم لغيره فأشبه ما لو حكم لغير شريكه، وهو ظاهر قول ا بن حزم [1]، وسيأتي بيان القول المختار في خاتمة المسألة التالية.

٢- قضاء القاضي لقرابته ومن لا تجوز شهادته لهم:

أما القضاء للأقارب: فاختلف الفقهاء في جوازه على قولين:

القول الأول: أن القضاء للقريب نافذ بكل حال، ولا فرق في ذلك بين من يتهم عليه أو لا يتهم، وهو مذهب أبي محمد بن حزم ، ورواية عند الحنابلة؛ بناء على جواز شهادة الأقارب بعضهم لبعض [2].

القول الثاني: أن القضاء للقريب جائز إلا من لا تجوز شهادته له، وعلى هذا مذاهب الفقهاء الأربعة، فكلها تنص على أن كل من لا تجوز شهادته له لا ينفذ حكمه له [3].

ولكنهم يختلفون في مضمون هذه الكلية من جهة اختلافهم في تحديد من تقبل له شهادته منهم ممن لا تقبل:

---

(١) انظر حاشية الدسوقي ١٥٢/٤، روضة الطالبين ١٤٥/١١، الإنصاف للمرداوي ٢١٦/١١، المحلى ٤١٩/٩.

(٢) انظر: المحلى ٤١٥/٩، المغني ١٨٦/١٠، إعلام الموقعين ١١١/١-١١٨.

(٣) هذا على الجملة، وإلا ففي التفاصيل اختلاف، انظر: المبسوط ٢٨/١٩، الفروق ٨٣/٤-٨٥، الحاوي ٣٣٨/١٦، الإنصاف ٢١٦/١١.

فأما الأصول والفروع: فجمهورهم يرى عدم قبول شهادة أحدهما للآخر لظهور التهمة في شهادتهما [١].

وللحنابلة قول بعدم قبول شهادة الولد لوالده دون العكس؛ لأن مال الابن في حكم مال الأب له أن يتملكه إذا شاء، فشهادته له شهادة لنفسه [٢].

وأما الزوجان: فجمهورهم أيضاً على عدم قبول شهادة أحدهما للآخر؛ لظهور التهمة فيهما أيضاً [٣].

وجوزها الشافعية في قول هو المذهب عندهم، وهي رواية عند الحنابلة؛ بناء على أن الحاصل بينهما عقد يطرأ ويزول، فلا يمنع قبول الشهادة كما لو شهد الأجير لمستأجره [٤].

وأما سائر القرابة من الإخوة والأعمام والأخوال ونحوهم: فلا يكادون يختلفون في قبول شهادة بعضهم لبعض؛ لضعف ظهور التهمة في شهادتهم [٥].

---

(١) انظر: المبسوط ١٢١/١٦، المدونة ١٥٥/١٣، الأم٤٦/٧، المغني ١٨٦/١٠.

(٢) انظر: المغني ١٨٦/١٠.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٧٤/٦، المدونة ١٥٥/١٣، مغني المحتاج ٤٣٤/٤-٤٣٥، المغني ١٨٧/١٠.

(٤) انظر: الأم ٤٦/٧، مغني المحتاج ٤٣٤/٤-٤٣٥، المغني ١٨٧/١٠.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٢٧٢/٦، الأم ٤٦/٧، المغني ١٨٨/١٠.

إلا أن المالكية يشترطون لجواز شهادتهم أن يكون الشاهد مبرزاً في العدالة، وأن لا يكون في عيال المشهود له، فلو انتفى الشرطان أو أحدهما لم تقبل الشهادة، وينفردون بمنع الشهادة للصديق الملاطف [١] إلا بالشرطين المذكورين [٢].

وأما القضاء لمن لا تجوز له شهادته من غير القرابة: فالمذاهب الأربعة متفقة على منعه وعدم الاعتداد به، وضابط ما لا يقبل من الشهادات عندهم: أن "كل شهادة جرت مغنماً، أو دفعت مغرماً فهي مردودة" [٣].

مثال الشهادة التي تجر للشاهد مغنماً: شهادة الغرماء للمفلس بدين أو عين، وشهادتهم للميت بدين أو مال، فإنه لو ثبت للمفلس أو الميت دين أو مال تعلقت حقوقهم به، وكذا لا تقبل شهادة الوارث للموروث بالجرح قبل الاندمال؛ لأنه قد يسري الجرح إلى نفسه فتجب الدية لهم بشهادتهم.

---

(١) الصديق الملاطف هو: "المختص بالرجل الذي يلاطف كل واحد منهما صاحبه، ومعنى اللطف: الإحسان والبر والتكرمة، وهو أحد معاني تسميته لطيفاً، ولو كانت هذه الملاطفة من أحدهما للآخر كانت كمسألة الأخوين اللذين ينال أحدهما بر الآخر وصلته". مواهب الجليل ١٥٧/٦.

(٢) انظر: المدونة ١٣٨/١٢، أحكام القرآن لابن العربي ٦٣٧/١، ٦٣٩، مواهب الجليل ١٥٥/٦.

(٣) انظر: شرح معاني الآثار للطحاوي ١٧٤/٤، البحر الرائق ٨٣/٧، التاج والإكليل ١٥٥/٦-١٥٧، المهذب ٣٢٩/٢، المغني ١٨٢/١٠.

ومثال ما يدفع عن الشاهد مغرماً: أن يشهد المشهود عليه بجرح الشهود، أو تشهد عاقلة القاتل خطأً بجرح الشهود الذين شهدوا به؛ لما فيه من دفع الدية عن أنفسهم [١].

وهذا الوفاق المنقول هنا إنما هو من حيث الجملة، وإلا ففي التفاصيل خلاف عريض لا يتعلق به الغرض في هذا السياق؛ إذ كان المقصود إنما هو التمثيل للقاعدة والتنبيه على مثار الخلاف فيها، وليس التطويل والإسهاب مما تعلق به الغرض في هذا السياق.

أدلة من منع القضاء في هذه المسائل:

استدل الجمهور الذين منعوا القضاء في المسائل الآنفة الذكر بأمور :

أحدها: قياس القضاء على الشهادة؛ ووجه القياس: ما تقدم من أن أقرب الأسباب إلى القضاء الشهادة، فإن القضاء يكون بالشهادة والشهادة تصح بالقضاء، فصح قيس أحدهما بالآخر [٢].

الثاني: ما تقدم من عموم الأدلة الدالة على تأثير التهمة في كثير من أحكام الشريعة.

الثالث: سد الذريعة، ووجهه: أن القضاء للقرابة ومن ذكر معهم مظنة لمحاباة القاضي لهم؛ إذ بينه وبينهم وصلة خاصة تقتضي إيثارهم على المحكوم عليه، وذلك شيء يعرف بالعادة، فقد ظهر من عادة الناس العدول

---

(١) انظر: المغني ١٠/١٨٣.

(٢) انظر: المبسوط ١٩/٢٨.

منهم وغير العدول الميلُ إلى الأقارب وأبنائهم دون الأجانب، فتتمكن تهمة المحاباة والجور بهذا الطريق في الحكم كما تتمكن في الشهادة [(١)].

أدلة من جوز القضاء في هذه المسائل:

استدل أصحاب هذا القول بعموم الأخبار الدالة على أن القاضي يحكم بالبينة من غير فرق بين أن يكون المحكوم له قريباً أو بعيداً.

قالوا: فالقاضي أسير البينة، يحكم بها لجميع من ترافع إليه من غير تمييز، ثم المفترض في القاضي أن يكون على قدر من العدل والورع يحجزه عن الجور والمحاباة بغير حق، فلا تؤثر في مثله وصلة القرابة والصداقة، فيكون حكمه لمن ذكر بمنزلة حكمه للأجانب [(٢)].

الموازنة والترجيح:

يظهر من أدلة هذه المسائل أن مثار الخلاف فيها بين الفقهاء هو ملاحظة السبب الذي يربط القاضي بالمحكوم له، والذي يغلب بحكم العادة والجبلة أن يحيد به عن جادة العدل والإنصاف اللذين هما ركيزة القضاء وغايته الأساسية، ولما كان ظهور هذه التهمة يشكك في تحقق هذا المقصد، ويُضعِف من وقوعه ولو في بعض آحاد هذه الصور لم يكن بد من سد هذه الذريعة، والاعتياض عن هذا الحاكم بغيره ممن لا تلحقه هذه التهمة، فيفصل الحق على وجه لا يَلحق معه المحكومَ عليه تعسف أو ضرر.

---

(١) المبسوط ١٢١/١٦.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٣٣٥/٢، مغني المحتاج ٣٩٣/٤، المغني ١٣٦/١٠.

ومن لم يراع هذه التهمة فإنه يقول: الأصل أن القاضي أسير البينة يحكم بها لكل من ترافع إليه، وليس ثمة دليل خبري يمكن أن يصار إليه في منع القاضي من أن يحكم لمن بينه وبينهم وصلة وعلاقة، والأصل لا يعارض بمثل هذه التهمة؛ فإن المفترض في القاضي أنه عدل وذو ورع، ومن كان كذلك فإنه لا يجور ولا يحابي بغير حق.

والذي يظهر لي: أن كلا القولين صحيح من حيث النظر، لكن إذا تؤمل الواقع وأحوال القضاة سيما في هذا الزمن الذي قل فيه الورع وكثر فيه الجشع والطمع لم يكن بد من ترجيح قول الجمهور القاضي بمنع الحكم لمن بينه وبين الحاكم علاقة تقتضي الريبة والشك في تحقق العدل والإنصاف، والشريعة متشوفة لتحقيق هذا المقصد على نحو ظاهر بين حتى يأمن الخصوم من جور القضاة ومحاباقم لمن تجمعهم بهم وصلة وقرابة، وحتى يطمئن القضاة على أحاكمهم أن يتعرض لها المرجفون بالطعن والتشكيك، ثم تشويه السمعة الذي يفضي إلى العزل والهجر.

وقد قال الإمام الزهري -رحمه الله -: "لم يكن يتهم سلف المسلمين الصالح في شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده، ولا الأخ لأخيه، ولا الزوج لامرأته، ثم دخل الناس بعد ذلك فظهرت منهم أمور حملت الولاة على اتهامهم، فتركت شهادة من يتهم إذا كانت من قرابة، وصار ذلك من الولد والوالد والأخ والزوج والمرأة، لم يتهم إلا هؤلاء في آخر الزمان" (١).

---

(١) الأثر: أورده ابن حزم من طريق ابن وهب عن يونس بن يزيد عن الزهري به، =

ثم الذي يترجح في النظر من اختلاف الجمهور فيمن يقضى له ممن لا يقضى له أن ينظر إلى الصلة التي تجمع القاضي بالمحكوم له، فإن قوي معها داعي الطبع إلى الميل والمحاباة، وكانت العادة جارية بذلك منع من قضائه له، وهذا بين في قضائه لوالده وولده ومن يتصل بهما من الأصول والفروع، ويقوى كذلك في قضاء الزوج لزوجته؛ لأن الزوجية توجب الحنان والألفة، والطبع داع إلى ميل الزوج لزوجته وإيثارها على غيرها كما في الآباء والأولاد، بل أظهر؛ فإن الإنسان قد يعادي والديه لترضى زوجته عياذاً بالله، وهذا واقع لا ينكر، ثم إن قضاءه لها يشبه قضاءه لولده؛ لأنها لما كانت في يده فما لها في يده من وجه أيضاً، فهو يثبت اليد لنفسه في المشهود به، وكذلك بكثرة ما لها تزداد قيمة ملكه؛ فإن قيمة المملوك بالنكاح تختلف بقلة ما لها وكثرته [1].

ومثل هذا يقال في قضاء الشريك لشريكه فيما هما فيه شركاء؛ لأنه في معنى القضاء لنفسه، وقياساً على منع شهادته له فيه، ولم يختلف الفقهاء في رد شهادته له على ما حكاه عنهم موفق الدين أبو محمد بن قدامة -رحمه الله- [2].

= ولم أجده عند غيره. انظر: (المحلى ٩/٤١٥-٤١٦) .

(١) انظر: المبسوط ١٦/١٢٣-١٢٤، أحكام القرآن لابن العربي ١/٦٣٨.

(٢) انظر: المغني ١٠/١٨٤، والمراجع السابقة في المسألة.

وغير هؤلاء لم يقم دليل على منع القضاء ولا الشهادة لهم، والتهمة التي تخال فيهم هي من جنس التهم التي لا تقوى على معارضة أصل الجواز، وعلى فرض ظهورها فيهم فإن الخلاف فيها لم يستند لمدرك قوي حتى يمكن مراعاته والخروج منه مثل الخلاف في قضاء الأصول للفروع وعكسه، ومع ذلك فكلما كان القضاء أبعد عن التهمة كان أليق بمقصود الشرع، وأصون لمنصب القضاء من التهم والريب، والله تعالى أعلم.



المبحث الرابع
لا ينفذ الحكم على الغائب إلا أن يكون ما يدعى به عليه سبباً لازما لما يدعى به على الحاضر

هذه القاعدة من القواعد التي تكشف عن خاصية أخرى من خصائص الحكم القضائي، وهي عدم نفاذه على الغائب عن مجلس الحكم إلا في حالات خاصة، ولاختصاصها بالحكم القضائي رأيت إدراجها ضمن قواعده.

وتبدو أهمية القاعدة في أنها تحدد أو تبين مدى سلطان الحكم القضائي في نفاذه على الخصم الغائب عن بلد الحكم، فالمشاهد في الواقع أن الخصم كثيراً ما يتغيب عن المحاكمة إما لعذر يمنعه الحضور، أو تعنتاً منه يلجأ إليه فراراً من الخصومة أو من العدالة، فإذا حكم عليه غيابياً فهل يكون الحكم نافذاً في حقه أم لا يكون كذلك ؟، هذا ما سنبحثه من خلال هذه القاعدة، وهذه مطالب بين يدي ذلك.

المطلب الأول
شرح القاعدة وبيان معناها

المراد بالغائب في لفظ القاعدة: هو البعيد، ويختلف الفقهاء في تمييز البعد من القرب:

فمنهم من يرى أن القريب من كان بينه وبين مجلس القاضي مسيرة ثلاثة أيام ونحوها إن كان طريقه آمناً ومجيئه ممكناً، والبعيد من كان بينه وبين بلد الحكم عشرة أيام فأكثر، أو كان دونها لكن طريقه غير آمن، وما قارب إحدى المسافتين أعطي حكمه، فالأربعة الأيام تلحق بالثلاثة، والثمانية والتسعة تلحق بالعشرة، وأما الوسط كالخمسة والستة فيلحق بالأحوط، وهذا تفسير المالكية [(١)].

ومنهم من يحدد البعد بما كان خارج مسافة القصر، والقرب بما كان دون ذلك، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة، وأحد القولين عند الشافعية [(٢)].

ومنهم من يقول: البعيد الذي يحكم عليه: من كان بمسافة لو خرج منها باكراً إلى مجلس الحكم لم يصل إليه ليلاً، والقريب من كان بخلافه، وهذا هو المختار عند الشافعية [(٣)].

---

(١) انظر: تبصرة الحكام ٧٦/١، ١١٥، المعيار المعرب للونشريسي ٢١/١٠، حاشية الدسوقي ١٤٨/٤، ١٦٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤٥٠/٧، مغني المحتاج ٤١٤/٤، الإنصاف ٢٩٨/١١.

(٣) انظر: روضة الطالبين ١٩٤/١١، مغني المحتاج ٤١٤/٤.

ويلحق الفقهاء بالغائب من هو في حكمه، وهو من كان ممتنعاً عن الحضور مع إمكانه ذلك، أو كان غير ممتنع لكن لا يمكنه الحضور إلى مجلس الحكم إما لكونه ممن لا يخاصم كالصبي والمجنون أو لكونه مفقوداً أو ميتاً، فهؤلاء ونحوهم تجرى عليهم أحكام الغائب [١].

ومعنى القاعدة: أن الغائب عن بلد الحكم لا يجوز ولا ينفذ الحكم عليه إلا في حال واحدة: وهي ما لو كان المدعى به على الغائب سبباً لازماً لثبوت ما يدعى به على الحاضر، بحيث يلزم من الحكم على الحاضر الحكم على الغائب ضمناً.

وشمل إطلاق السبب في لفظ القاعدة ما لو كان المدعى به شيئاً واحداً أو شيئين:

مثال الأول: ادعى رجل داراً في يد رجل أنها داره اشتراها من فلان الغائب، وهو يملكها، وقد غصبها ذو اليد مني، وقال ذو اليد: الدار داري، فأقام المدعي بينة على دعواه، فتقبل بينته، ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب، وينتصب الحاصر خصماً عن الغائب، فالمدعى هنا وهي الدار شيء واحد، وما ادعي على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما ادعي على الحاضر؛ لأن الشراء من المالك سبب لازم للملك لا محالة [٢].

---

(١) البحر الرائق ٧/١٨-٢٠، تبصرة الحكام ١/١١٥، حاشية الدسوقي ٤/١٦٢، المهذب ٢/٣٠٣-٣٠٤، كشاف القناع٦/٣٥٥، نظرية الدعوى ص: ٥٢٢.

(٢) انظر: البحر الرائق ٧/٢٠، الفتاوى الهندية ٣/٤٣٣، ترتيب اللآلي ٢/٩٠١.

ومثال الثاني-أعني ما لو كان المدعى شيئين-: إذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق، فقال المشهود عليه: هما عبدان لفلان الغائب، فأقام المشهود له بينة أن فلاناً الغائب أعتقهما وهو يملكهما، فإنه تقبل هذه البينة، ويثبت العتق في حق الحاضر والغائب جميعاً، والمدعى هنا شيآن: المال على الحاضر، والعتق على الغائب، والمدعى على الغائب سبب لازم للمدعى على الحاضر؛ لأن العتق لا ينفك عن ثبوت ولاية الشهادة بحال [1].

فالقضاء في كلتا الصورتين قضاء على الحاضر والغائب، فإذا حضر الغائب وأنكر لم يلتفت لإنكاره، و لم يُحتج لإعادة البينة [2].

(١) انظر: فتح القدير ٣١٢/٧، الفتاوى الهندية ٤٣٣/٣، ترتيب اللآلي ٩٠٢/٢.

(٢) انظر: المراجع السابقة .

المطلب الثاني
أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم

هذه القاعدة من قواعد المذهب الحنفي، ولا يشاركه فيها غيره من المذاهب، ووردت القاعدة بهذه الصيغة أو قريب منها في كثير من كتب الأحناف المختصة بالفقه وقواعده [1].

وقد أخذ الأحناف بمضمون هذه القاعدة في ظاهر مذهبهم، فلم يرو جواز القضاء على الغائب من غير وكيل عنه إلا في هذه الحال، وقد يلحق بعضهم بها أحوالاً أخر، ولهم في القضاء على الغائب أقوال أخرى غير هذا.

قال العلامة محمود بن قاضي سماوة [2] -رحمه الله-: "قد اضطربت آراء الأصحاب وبيانهم في مسائل الحكم للغائب وعليه، ولم يَصفُ، ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر تبنى عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال،

---

(١) انظرها على سبيل المثال في: تبيين الحقائق ١٩١/٤، فتح القدير ٣١١/٧، البحر الرائق ٢٠/٧، الفتاوى الهندية ٤٣٣/٣، ترتيب اللآلي ٩٠١/٢.

(٢) محمود بن إسرائيل بن عبد العزيز بدر الدين الشهير بابن قاضي سماوة، نسبة إلى (سماوة) قلعة بين الشام والكوفة، فقيه حنفي تولى القضاء، وبرع في علوم شتى، من آثاره: (جامع الفصولين) (لطائف الإشارات) كلاهما في فروع الفقه الحنفي. توفي سنة ٨١٨ هـ .

انظر ترجمته في: الفوائد البهية للكنوي ص ١٢٧، هدية العارفين ٤١٠/٢، الأعلام ١٦٥/٧.

فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع، ويحتاط، ويلاحظ الحرج والضرورات، فيفتي بحسبها جوازاً أو فساداً" [(١)].

ومن الأحناف من راعى خلاف الجمهور، فاختار نفاذ الحكم على الغائب إن أمضاه قاض آخر؛ لأن نفس القضاء مجتهد فيه، فهو كقضاء المحدود في قذف ونحوه [(٢)].

أما جمهور أهل العلم وسائر المذاهب الفقهية الأخرى: فلا يمنعون من القضاء على الغائب، والوفاق المنقول عنهم هاهنا إنما هو من حيث الجملة، وإلا فهم يختلفون في بعض شروط وأحكام هذه المسألة [(٣)].

أدلة الأحناف:

١-قوله تعالى ﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ﴾ [(٤)].

ووجه الدلالة من الآية: أنها تدل على ذم من أعرض عن الإجابة

---

(١) جامع الفصولين ١/ ٥٩-٦٠، وانظر: المبسوط للسرخسي ٣٩/١٧، بدائع الصنائع ٢٢٢/٦.

(٢) انظر: فتح القدير ٣١١/٧، البحر الرائق ١٨/٧.

(٣) وقد نقل المنع من القضاء على الغائب عن الشافعي وابن الماجشون من المالكية وروي عن الإمام أحمد. انظر: بداية المجتهد ٣٥٣/٢، تبصرة الحكام ١١٥/١، الذخيرة ١١٢/١٠-١١٣، أدب القاضي للماوردي ٣٠٤/٢-٣١٩، المهذب للشيرازي ٣٠٣/٢، المغني ١٣٨/١٠، المحلى ٣٦٦/٩.

(٤) سورة النور، آية: ٤٨.

والحضور للمحاكمة، ولو نفذ الحكم مع الغيبة لم يجب الحضور، ولم يستحق الذم (١).

٢- حديث علي ﷺ قال: "بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن وأنا شاب، فقلت يا رسول الله، تبعثني وأنا شاب إلى قوم ذوي أسنان لأقضي بينهم ولا علم لي بالقضاء، فوضع يده على صدري، ثم قال: إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس إليك الخصمان فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء، قال علي: فما أشكل علي قضاء بعد" (٢).

ووجه الدلالة منه: أن النبي ﷺ نهاه عن القضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر، والقضاء بالحق للمدعي حال غيبة المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر، فكان منهياً عنه (٣).

٣- قالوا: "ولأن وجه القضاء يشتبه في هذه الحالة؛ لأنه يحتمل أن يقر الخصم، ويحتمل أن ينكر، وأحكامهما مختلفة، فإنه بالإقرار يقتصر عليه، وبالبينة يتعدى، فلا يجوز مع الاشتباه، ألا ترى أنه ﷺ قال: "فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء"، فهذا دليل على أن العلم بوجه القضاء

---

(١) أصل هذا الدليل ووجهه من أدب القاضي للماوردي ٣٠٩/٢، وانظر معناه في المبسوط للسرخسي ٣٠/١٧.

(٢) تقدم تخريجه ص: (١٩٦).

(٣) بدائع الصنائع ٢٢٢/٦-٢٢٣.

شرط لصحة القضاء، وأن الجهل به يمنع القضاء، وأنه لا يرتفع إلا بكلامهما" [(١)] .

قالوا: وإنما جاز الحكم على الغائب في الصور المستثناة وما في معناها؛ لكون المدعى فيها من لوازم المدعى به على الحاضر، فيثبت بالتبعية لا بالأصالة، والقاعدة: أن "كل ما كان من ضرورات الشيء كان ملحقاً به" [(٢)]، وأن "الشيء إذا ثبت ثبت بلوازمه" [(٣)].

أدلة الجمهور:

١- العمومات الدالة على وجوب الحكم بين الخصوم والقيام عليهم بالعدل والإنصاف، كقوله تعالى: ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ ﴾ [(٤)] .

ووجه الدلالة من هذه الآية ونظائرها: أنها أوجبت الحكم بين الخصوم، ولم تفرق بين حاضر وغائب، فصح وجوب الحكم على الغائب كما هو على الحاضر [(٥)].

٢- قول النبي - عليه الصلاة والسلام- لهند بنت عتبة لما شكت

---

(١) تبيين الحقائق ١٩١/٤، وانظر: فتح القدير ٣١٠/٧.

(٢) بدائع الصنائع ٢٢٢/٦.

(٣) ترتيب اللآلي ٧٧٨/٢، ٩٠٢.

(٤) سورة المائدة: آية:٤٩.

(٥) انظر: المحلى ٣٦٧/٩، الذخيرة ١١٣/١٠.

إليه شح أبي سفيان: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" [(١)].

ووجه الدلالة منه : أنه ﷺ قضى على أبي سفيان و لم يكن حاضراً، ورُجح كونه قضاء غير فتوى بأنه ﷺ أمر هنداً بالأخذ من مال زوجها، ولو كان فتوى لاقتصر على بيان جواز أخذها للمال، ولأن الحاكم لا يفتي فيما تقع فيه الخصومة [(٢)].

٣- أن الحكم على الغائب إجماع من الصحابة ﷺ، فقد روي عن عمر أنه صعد المنبر فقال: "ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج، ألا وإنه قد ادان معرضاً، فأصبح قد رين به، فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة حتى نقسم ماله بينهم" [(٣)].

قالوا: و لم يعرف لعمر مخالف في هذا من الصحابة، وما روي من ذلك فلا يصح [(٤)].

---

(١) الحديث تقدم تخريجه ص: (٣٨٨).

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي ١٠/١١٣، أدب القاضي للماوردي ٢/٣١٢-٣١٣، المغني ١٠/١٣٨.

(٣) أخرجه مالك في (الموطأ ٢/٧٧٠) وابن أبي شيبة في (المصنف ٤/٥٣٦) والبيهقي في (السنن ٦/٤٩) وأعل بالإرسال، لكن قال ابن حجر: وصله الطبراني في (العلل) انظر: (التلخيص الحبير ٣/٤٠-٤١) .

(٤) انظر: الذخيرة ١٠/١١٤، أدب القاضي للماوردي ٢/٣١٣، المحلى بالآثار ٩/٣٦٨-٣٦٩.

الموازنة والترجيح:

الناظر في أدلة الفريقين يستخلص منها أن القضاء على الغائب من مسائل الاجتهاد التي تحتمل الرأيين، ولا يمكن الجزم فيها بصحة رأي دون آخر:

أما أدلة الجمهور: فهي جلية في هذا؛ إذ هي عمومات ظاهرة تأيدت بقضاء صحابي وترك الإنكار عليه، مع أن ذلك يوافق مصلحة المدعي؛ إذ قد يفوت حقه بانتظار حضور الغائب، وقد تتلف البينة أو ترغب عن الشهادة حين حضوره، كما أن إرجاء الحكم لحين حضوره ربما يفضي إلى تعمده للغيبة وتعنته في الحضور كما هو مشاهد في كثير ممن توجه الحق عليه، فلهذا كان القول بالحكم عليه متجهاً من حيث النظر.

وأما أدلة الأحناف: فالواقع أن حديث علي ﷺ ليس بنص في محل النزاع، لأن غاية ما فيه أن النبي ﷺ نهاه أن يقضي بمجرد سماع بينة خصم دون آخر إذا تقاضيا إليه، وهذا يقتضي حضورهما معاً، والمسألة مفروضة في الغائب [1].

ولكن ما ذكروه من أنه دل على أن سماع الخصم الآخر شرط في تبين القضاء صحيح في النظر، وكذلك تعليلهم المنع بأنه ربما أقر بالحق فيكون مقصوراً عليه.

وعلى الجملة: فلا حاجة للخوض في مناقشة هذه الأدلة وبسط ما

---

(١) انظر: أدب القاضي للماوردي ٣١٣/٢، المغني ١٣٨/١٠، المحلى ٣٦٩/٩.

قيل فيها من ردود إذا علمنا أن هوة الخلاف بين الحنفية والجمهور تضيق جداً حتى لا يكاد يلفى للخلاف ثمرة، وذلك من ثلاثة أوجه:

أولاً: أن الحنفية يجوزن القضاء على الغائب إذا وكل من يخاصم عنه.

ثانياً: أنهم يوافقون الجمهور في أن الدعوى على الغائب تسمع لتحفظ من الضياع [1].

ثالثاً: أنهم يوجبون استثناء الظروف الحرجة والأحوال الشاقة فيقضى فيها على الغائب بموجب اعتبار الضرورة ورفع الحرج كما سلف، ويجعلون من ذلك ما لو كان المتغيب متعنتاً بغيابه، فإنه يقضى عليه دفعاً للحرج اللاحق من ذلك بالمدعي [2].

وهذا الاستثناء يتضمن الجواب عما أورده الجمهور من المشقة المترتبة على ترك الحكم على الغائب، ومن هنا فالذي يظهر أن كلا القولين له مساغ في الشرع.

ولكن الذي تسكن إليه النفس أن يقال: إنه إذا تؤملت الأدلة في هذا الباب ألفي أن الأصل هو أن لا يحكم على أحد إلا بعد حضوره؛ ليتمكن من دفع الدعوى أو إقرارها، فإن تعذر حضوره أو إحضاره سمعت البينة عليه، وأمهل القاضي في الحكم قليلاً عله أن يظهر أو ينيب عنه خصماً،

---

(١) انظر: المبسوط ١٧/٣٩-٤٠.

(٢) انظر: جامع الفصولين ١/٥٩-٦٠، فتح القدير ٧/٣١٠-٣١١، البحر الرائق ٧/١٩.

فإن لم يكن شيء من ذلك قضى عليه، فإذا حضر كان له أن يطعن في البينة ويجيبه القاضي لذلك، وكل هذا مما يختلف باختلاف القضايا والأحوال، والمرجع في ذلك لاجتهاد القاضي وتقديره للمصالح، ولا يمكن إطلاق الترجيح من غير هذا القيد، والله أعلم.

المطلب الثالث
أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة

أولاً: القضاء على الغائب في حقوق الله:

يراد بحقوق الله في لسان الفقهاء: ما هو حق للجماعة مما يقصد به تحقيق مصلحتها، وحفظ النظام العام فيها، وقد جعلوه حقاً لله؛ لأنه لم يقصد به نفع فرد معين، وليس للأفراد حكاماً أو محكومين إسقاطه أو العفو عنه أو إهمال تحقيقه، ونسبة الحق لله لا تفيده جل شأنه شيئاً، وإنما تمنع الجماعة والأفراد من إسقاط الحق؛ لأن حق الله لا يملك أحد إسقاطه.

ويعتبر من حقوق الله الخالصة؛ أي من حقوق الجماعة: العقوبات على الجرائم الماسة بالجماعة كالزنا والسرقة والحرابة، والعقوبات التعبدية كالكفارة، وغير ذلك مما يمس حقوق الجماعة ويؤثر على أمنها ونظامها وتماسكها وقوتها [١].

---

(١) انظر: الذخيرة ٧٢/١، ١٣٩/١١، قواعد الأحكام ٢٦٨/١- ٢٧٨، وأصل الكلام لعبد القادر عوده في التشريع الجنائي في الإسلام ١٢٥/١ حاشية رقم: (١).

فهل يجوز الحكم على الغائب إذا تعلق فعله بحق من حقوق الله الخالصة أو الغالبة ؟، والجواب: أن للعلماء -رحمهم الله- في ذلك قولين:

القول الأول: أن ما كان من الحقوق خالصاً لله تعالى كحرمة الزنا وشرب الخمر فلا يجوز الحكم فيها على الغائب، وهذا قول أكثر أهل العلم، ومنهم الحنفية والمالكية، وهو والمختار عند الشافعية، وقول عند الحنابلة هو الصحيح من المذهب [(١)].

إلا أن المالكية يرون أن للقاضي أن يكتب بجميع الحقوق حداً كان أو غيره إلى قاض آخر حيث المدعى عليه، فيحكم بما ظهر له من أمر البينة، وهو قول عند الشافعية والحنابلة [(٢)].

القول الثاني: أن الغائب إذا قامت عليه الحجة قضي عليه في جميع الحقوق ولو كانت حقاً لله خالصاً، وهذا قول عند الشافعية والحنابلة، وهو ظاهر كلام أبي محمد بن حزم إذ قال: "ويقضي على الغائب كما يقضي على الحاضر" [(٣)].

---

(١) انظر: المبسوط ٣٩/١٧، ٩٧/١٦، عقد الجواهر الثمينة ١٠٢٧/٣، حاشية الدسوقي ١٦٢/٤، مغني المحتاج ٤١٥/٤، نهاية المحتاج ٢٨٠/٨، المغني ١٣٨/١٠، الإنصاف ٢٩٩/١١.

(٢) انظر: عقد الجواهر ١٠٢٨/٣، تبصرة الحكام ٤٣/٢، نهاية المحتاج ٢٨٠/٨، الإنصاف ٣٢١/١١.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٤١٥/٤، نهاية المحتاج ٢٨٠/٨، الإنصاف ٢٩٩/١١، =

الأدلة:

استدل من منع من القضاء على الغائب في حقوق الله الخالصة أو الغالبة بأن حق الله تعالى مبني على المسامحة؛ لاستغنائه تعالى عنه بخلاف حق الآدمي، فإنه مبني على المنازعة والمشاحة لاحتياجه إليه، ولأن حق الله متسع بالمهلة فلا يستعجل فيه [١].

وأما من أجاز القضاء على الغائب في جميع الحقوق: فعمدته العمومات الدالة على إثبات الحكم على الغائب من غير استثناء حق من حق، وقد تقدم ذكر طرف منها.

وبالقياس على حقوق الله المالية؛ فإنها مما يقضى به على الغائب [٢].

الموازنة والترجيح:

قد تقدم لنا في مبحث مسالك الاجتهاد القضائي الإشارة إلى طرف من الأحكام المتعلقة بحقوق الله، وتقرر هنالك أنها مبنية على التيسير والمسامحة [٣]، وهذا أصل يترجح به القول بأن الغائب لا يقضى عليه في شيء من هذه الحقوق، فلعله يتوب مما اقترفه فيصلح حاله بالتوبة من غير حد كما أشار لذلك النبي ﷺ في قصة ماعز لما تبعه الصحابة ﷺ بالرجم

= المحلى بالآثار ٣٦٦/٩، ٣٦٩.

(١) انظر: أدب القاضي ٣١٨/٢، مغني المحتاج ٤١٥/٤، المغني ١٣٨/١٠.

(٢) انظر: نهاية المحتاج ٢٨٠/٨.

(٣) انظر ص: (٢٥٧) وما بعدها.

فقال: "هلا تركتموه لعله أن يتوب، فيتوب الله عليه" [١].

وإذا رأى الحاكم أن المصلحة في إقامة الحد عليه كتب بذلك كتاباً إلى قاض غيره حيث محل المدعى عليه، فينفذ فيه الحكم إذا رآه وصح عنده.

ثانياً: القضاء على الغائب في حقوق الآدميين:

يراد بحق الآدمي: منافعه الدنيوية، وأضيفت إليه لأن له الحق في التصرف فيها بالعفو والإسقاط، وليس معناه أنه ليس لله فيها حق، فما من حق للعباد إلا وفيه حق لله، وهو حق الإجابة والطاعة سواء كان الحق مما يباح بالإجابة أو لا يباح بها [٢].

ثم حق الآدمي: تارة يكون خالصاً له بمعنى: أنه ليس لأحد غيره التدخل فيها بإسقاط أو تصرف، وهذا النوع مثل تحصيل الدين، وحبس العين المرهونة، والمطالبة بالتعويض المترتب على فعل الجاني ونحو ذلك.

---

(١) أخرجه من حديث يزيد بن نعيم عن أبيه: أحمد في المسند ٢١٦/٥، وأبو داود في السنن: كتاب الحدود، باب رجم ماعز، (١٤٥/٤ح ٤٤١٩) وخرجه دون قوله "لعله أن يتوب" الترمذي في الجامع: باب ما جاء في درء الحد عن المعترف إذا رجع (٣٦/٤ح ١٤٢٨)، وابن ماجه في السنن: كتاب الحدود، باب الرجم (٨٥٤/٢ح ٢٥٥٤) والحاكم في (المستدرك ٤٠٤/٤) والبيهقي في (السنن ٢١٩/٨)، والحديث صححه الحاكم وحسنه الترمذي وابن حجر في (التلخيص الحبير ٥٨/٤) .

(٢) انظر: قواعد الأحكام ١٤١/١، الذخيرة ١٣٩/١١.

وتارة يكون حقه فيها غالباً ليس محضاً، وذلك مثل القتل، فإنه يمس أمن الجماعة ونظامها، ويمس الأفراد مساً مباشراً، والعقوبة عليه وضعت لحفظ مصالح الجماعة والأفراد، ولكن أعطى للفرد حق العفو عن عقوبة القصاص أو عقوبة الدية، فغلب بذلك حق الفرد على حق الجماعة، ومتى ضعف هذا الحق لم يصدق عليه (حق الآدمي) [1].

وقد اتفق الفقهاء القائلون بجواز الحكم على الغائب على جواز الحكم عليه في ما لَه من الحقوق الخالصة أو الغالبة، وهذا وفاق من حيث الجملة، وفي التفاصيل شيء من الخلاف، وهو كما يلي:

١- مذهب المالكية:

الحكم على الغائب في مذهب المالكية على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: غائب قريب الغيبة على مسيرة اليوم واليومين والثلاثة، فهذا يكتب إليه ويعذر إليه في كل حق، فإما وكل وإما قدِم، فإن لم يفعل حكم عليه في الدين، وبيع عليه ماله من أصل وغيره وفي استحقاق العروض والحيوان والأصول وجميع الأشياء والطلاق والعتاق وغير ذلك، ولم ترج له حجة في ذلك كله، لأنه لا عذر له، وهذا حيث الطريق مأمونة وإلا فحيث كانت غير مأمونة أو غير مسلوكة فيحكم على الغائب فيها وإن قربت غيبته، وترجأ له الحجة.

---

(١) انظر: التشريع الجنائي في الإسلام ٢/ ١٢٠٤-٢٠٥.

القسم الثاني: غائب غيبة متوسطة كالعشرة الأيام والعشرين يوماً وما يضاهيهما، فهذا يحكم عليه في غير استحقاق العقار والأصول من الديون والحيوان والعروض، وترجأ له الحجة في ذلك.

وإنما لا يقضى عليه في العقار لأن سرعة الحكم عليه في العقار مما يضر به؛ إذ به قوامه وإليه معاده، وأيضاً فإن العقار لا ينقل ولا يغيب ولا يزال بها فيخشى تلفه على مستحقه، وهذا حيث لم تكن الغيبة بعيدة جداً، وإلا حكم عليه بها، لضرورة مشقة صبر المدعي مع تضرره بذلك[1].

القسم الثالث: البعيد جداً أو المنقطع الغيبة مثل مكة من المغرب والمدينة من الأندلس ونحوها: فهذا إن كان له بموضع الحكم عُلقة من مال أو وكيل أو حمل فإنه يحكم عليه في كل شيء من الديون والحيوان والعروض والعقار والأصول، وترجى له الحجة في ذلك [2].

ولا يقضى عليه إلا بيمين القضاء من المدعي أنه ما قبض شيئاً من حقه ولا وهبه ولا أسقطه ولا أحال له ولا استحال ولا أخذ فيه ضامناً ولا رهناً، وأن حقه باق على المطلوب إلى الآن، فحينئذ يحكم عليه، وتقوم هذه اليمين مقام الإعذار [3].

وحيث يقضى عليه فإنه لا يقيم عنه وكيلاً ينوب عنه في حجته

---

(١) انظر: عدة البروق للونشريسي ص: ٤٩٠-٤٩١.

(٢) انظر: تبصرة الحكام ١/٧٦-٧٧، ١١٥، حاشية الدسوقي ٤/١٦٢-١٦٣.

(٣) انظر: القوانين الفقهية ص: ١٩٩.

كما لا يقيمه عن طفل؛ لأن ذلك أنفع لهما لبقاء حجتهما، وإقامة الوكيل تقطعها [١].

قالوا: فإذا لم يكن له بموضع الحكم علقة بشيء مما ذكر لم يقض عليه؛ لأن القاضي لم يول على جميع أهل الأمصار بل على أهل بلد خاص [٢].

٢- مذهب الشافعية:

حاصل مذهب الشافعية في القضاء على الغائب في حقوقه : أنه جائز في أظهر القولين عندهم إذا أقام البينة وبين المدعَى وقدرَه وصفته، ويقول: إني مطالِب بالمال، ولا يكفيه الاقتصار على قوله: لي عليه كذا، ويشترط أن يدعي جحوده، فإن قال: هو مقر لم تسمع بينته ولغت دعواه، وإن لم يتعرض لجحوده ولا إقراره سمعت بينته على الأصح؛ لأنه قد لا يعلم جحوده في غيبته، ويحتاج إلى الإثبات فجعلت الغيبة كالسكوت.

ثم إن كانت الدعوى متعلقة بمال حاضر حيث الدعوى فإن القاضي يسمع بينته، ويوفيه ماله، سواء قال: هو مقر أو جاحد، وإن لم يكن ذلك سمع البينة وبعث إلى قاض حيث المدعى عليه.

وحيث حكم على الغائب فالأصح أنه لا يشترط نصب وكيل عنه؛ لأن الغائب قد يكون مقراً فيكون إنكار المسخر كذباً، ولا بأس أن يتخذ القاضي وكيلاً عنه.

---

(١) انظر: تبصرة الحكام ١/١١٥-١١٦، منح الجليل ٨/٣٧٨.

(٢) انظر: تبصرة الحكام ١/١٥، حاشية الدسوقي ٤/١٦٢.

ولا يُمَكن المدعي من الحكم له إلا بعد قيام البينة وتعديلها، ويحلفه القاضي أنه ما أبرأه من الدين الذي يدعيه، ولا من شيء منه، ولا اعتاض، ولا استوفى، ولا أحال عليه هو، ولا أخذ من جهته، بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه يلزمه أداؤه، وله أن يقتصر، فيحلفه على ثبوت المال في ذمته ووجوب تسليمه (١).

٣- مذهب الحنابلة:

الراجح عند الحنابلة: أنه يجوز القضاء على الغائب في حقوق الآدميين إذا قامت البينة، ومذهبهم قريب من مذهب الشافعي في بقية التفاصيل، إلا أن أشهر الروايتين عندهم عدم تحليف المدعي مع بينته لقول النبي ﷺ : "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" (٢).

ولأنها بينة عادلة فلم تجب اليمين معها كما لو كانت على حاضر، ويخالفونهم كذلك في وجوب الحكم على السارق بالغرم لا بالقطع؛ لأحقية العبد بالمال (٣).

---

(١) انظر: روضة الطالبين ١١/١٧٥-١٧٦، مغني المحتاج ٤/٤١٥، نهاية المحتاج ٨/٢٨٠.

(٢) الحديث تقدم تخريجه ص: (١١٩) .

(٣) انظر: المغني ١٠/١٣٨-١٣٩، الإنصاف ١١/٢٩٩.

ثالثاً: القضاء على الغائب فيما يجمع بين حق الله وحق العبد:

ما يجتمع فيه الحقان تارة يغلب فيه مصلحة الجماعة فيكون حقاً لله، وهذا مثل حد القذف عند من يرى أنه حق لله، وتارة يغلب فيه جانب الفرد فيكون حقاً له كما تقدم في القصاص، فمتى غلب فيه الحق لله لم يحكم به على الغائب كما لو كان حقاً خالصاً لله تعالى، ومتى غلب فيه الحق للفرد جاز الحكم به على الغائب.

ولكن الفقهاء يختلفون في هذا النوع من جهة اختلافهم هل يغلب فيه حق الله أو حق العبد، ومثال ذلك حد القذف: فهو مشتمل على الحقين معاً، فمن حيث إنه يقع نفعه عاماً بإخلاء العالم عن الفساد فهو حق الله تعالى؛ إذ لم يختص بهذا إنسان دون إنسان، ومن حيث إن فيه صيانة العرض ودفع العار عن المقذوف فهو حق العبد؛ إذ هو الذي ينتفع به على الخصوص [(١)].

واختلف الفقهاء أي الحقين فيه أغلب؟:

فالأحناف وطائفة من المالكية والحنابلة يرون أن حق لله تعالى فيه أغلب؛ بدليل أن الإمام يستوفيه دون المقذوف، ولا يصح فيه العفو ولا التوارث؛ يُصدق ذلك: اتفاق الجميع على أن العبد يجلد في القذف أربعين، ولو كان حقاً لآدمي لما اختلف الحر والعبد فيه؛ إذ كان الجلد مما

---

(١) انظر: التقرير والتحبير ١٤٨/٢.

ينتصف، ألا ترى أن العبد والحر يستويان فيما يثبت عليهما من الجنايات على الآدميين؟ فإذا قتل العبد ثبت الدم في عنقه فإذا كان عمداً قتل، وإن كان خطأ كانت الدية في رقبته كما لو قتله حر وجبت الدية، فلو كان حد القذف حقا لآدمي لما اختلف مع إمكان تنصيفه (١).

وذهب جمهور أهل العلم إلى أن حق العبد فيه أغلب؛ لأنه يقف على مطالبته، ويصح له الرجوع عنه كالقصاص، وهذا مذهب الشافعية، والصحيح عند المالكية، والحنابلة (٢).

والمقصود: أن الحكم على الغائب فيما يجمع بين الحقين يلاحظ فيه الجانب الأقوى من حق الفرد والجماعة، وهذا مما تختلف فيه الأنظار، والاحتياط هاهنا جيد، وصاحبه خليق بالإصابة في حكمه، والله الموفق.

وأدلة من رأى أو منع الحكم في المسألة الثانية والثالثة هي نفسها أدلة من رأى أو منع من الحكم على الغائب، وقد تقدم طرف منها في صدر القاعدة والمسألة الأولى فلا حاجة للتكرار، والله تعالى أعلم وأحكم.

❁❁❁❁

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١١٤/٥، أصول السرخسي ٢٩٦/٢، الذخيرة ١٣٩/١١، الإنصاف ٢٠١/١٠، ٢٩٩/١١.

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ٣٤٤/٣، قواعد الأحكام ١٦٤/١، الإنصاف ٢٠١/١٠.

المبحث الخامس
لا ضمان على القاضي إذا أخطأ في الحكم

هذه القاعدة من القواعد التي تكشف لنا أيضاً عن خاصية أخرى من خصائص الاجتهاد القضائي، وهي خاصية التيسير ورفع الحرج عن القضاة والحكام في أحكامهم.

فالحاكم أو القاضي متى بذل وسعه في إصابة وجه الحق وكان أهلاً لذلك، ثم تبين بعد أنه أخطأ في الحكم إما لخلل في الاجتهاد أو البينة أو نحو ذلك، فإن ما ترتب على حكمه من تفويت مال أو نفس لا يسأل عنه، بمعنى أنه لا يُلزم بتعويض المتضرر من ماله، ولكن ذلك يعود إما على عاقلته، أو على المحكوم له، أو على بيت مال المسلمين حسبما يتبين بحول الله.

وإذ كان مبنى هذه القاعدة على التيسير ورفع الحرج فإنها ترتقي إلى القواعد المهمات التي لا يسع حامل الشريعة ومن تقلد القضاء أن يجهلها؛ فإن هذا الأصل أعني التيسير ورفع الحرج من أصول الدين، والعارف به وبمواطنه في مسائل القضاء أحرى بإصابة الحق ومجانبة الجور والباطل، وهذه مطالب تجلي هذه الحقيقة، وتكشف عن شيء من أحكام القاعدة.

المطلب الأول

شرح القاعدة وبيان معناها

"الضَّمان": يراد به في لسان العرب معان عدة: فيطلق ويراد به: الالتزام، يقال: ضمنت المال أضمنه إذا التزمته، وضمّنته المال: إذا ألزمته إياه، ويجيء بمعنى الكفالة، تقول: ضمن الشيء فهو ضامن وضمين إذا كفله، ويجيء أيضاً بمعنى التغريم، ومن ذلك قولهم: ضمنته الشيء تضميناً إذا غرمته (١).

ويطلق الضمان في عرف الفقهاء بمعنى الكفالة، وهي: شغل ذمة أخرى بالحق، أو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق (٢).

وقد يطلق بمعنى أعم من الكفالة، وهو رد مثل التالف إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً، وهذا المعنى هو المراد من الضمان في لفظ القاعدة (٣).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن القاضي متى ما بذل جهده واستفرغ وسعه لإنصاف الخصوم والحكم بينهم بالحق الذي شرعه الله والميزان الذي وضعه، ثم تبين بعدُ أنه أخطأ في حكمه فإن ما ترتب عليه من

---

(١) انظر: المصباح المنير ٣٦٤/٢، لسان العرب ٢٥٧/١٣.

(٢) انظر: البحر الرائق ٢٢١/٦، حاشية الدسوقي ٣٣٠/٣، نهاية المحتاج ٤٥٨/٤، المغني ٣٤٤/٤.

(٣) انظر: حاشية غمز عيون البصائر ٦١١/٢، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير ٧٢٠/٢.

إتلاف نفس أو مال، أو تفويت منفعة لا يضمنه من ماله ، وإنما هو على عاقلته، أو على بيت مال المسلمين، أو على المحكوم له بالحق.

وهذا مقيد بما كان من الخطأ سائغاً مثلُه في الشرع، وهو الخطأ الذي نتج عن اجتهاد صحيح من حاكم متضلع بعلوم الشريعة، سواء كان الخطأ متعلقاً بمسائل الاجتهاد التي لا يُقطع فيها برأي دون آخر، أو كان مرجعه إلى عدم علمه بحالة البينة ساعة أدائها للشهادة، كما لو تبين فسقهم أو كذبهم أو نحو ذلك مما يقدح في شهادتهم [(١)].

وقد علم من هذا أن ما كان من الخطأ مرجعه العمد أو الجور فإنه لا يسقط عنه ضمانه، بل يكون عليه في ماله ونفسه، ويعزر مع ذلك أبلغ التعزير، ويشهر ويفضح، ويعزل عن منصبه، فإن أساس خراب الدول وزوال العالم إقرار قضاة الجور على جورهم [(٢)].

---

(١) انظر: المنثور ٦٩/٢، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير ٢/٧٢٠-٧٢١.

(٢) انظر: تبصرة الحكام ٦٩/١-٧٠.

المطلب الثاني
أقوال العلماء في القاعدة وأدلتهم

هذه القاعدة محل وفاق بين الفقهاء - رحمهم الله - في الجملة، وقد تنوعت عباراتهم عنها، وأشهر ما وقفت عليه:

١- "القاضي لا تلحقه العهدة بالخطأ في القضاء" [١].

٢- "خطأ الحاكم في الأموال على الاجتهاد هدر" [٢].

٣- "خطأ الإمام والحاكم في أحكامه في بيت المال" [٣].

والحكم المضمن في هذه القاعدة يكاد أن يكون محل اتفاق بين المذاهب الفقهية المتبوعة، فلم أر فيما وقفت عليه من كتب أصحاب هذه المذاهب أو غيرها من يوجب على القاضي تبعات الخطأ في أحكامه متى صدرت عن اجتهاد وبذل وسع، و لم يكن فيها تعمد للخطأ أو الجور [٤].

إلا أن هناك شيئاً من التفاصيل داخل كل مذهب من هذه المذاهب، ولذلك أستحسن أن يذكر هنا كل مذهب على حدة:

---

(١) انظر: القواعد المستخلصة من التحرير ص: ٤٩١، وانظر منه ص: ٣٥٦.

(٢) انظر: تبصرة الحكام ٦٧/١، الشرح الكبير ١٥٤/٤.

(٣) انظر: الإنصاف للمرداوي ١٢١/١٠.

(٤) انظر: المراجع التالية لكل مذهب.

١- المذهب الحنفي:

حاصل مذهب الأحناف في خطأ القاضي: أن القاضي إذا قصد وجه الحق والصواب غير جائر ولا متعد فخطؤه إما أن يتعلق بحقوق العباد أو حقوق الله: فإن كان الخطأ متعلقاً بحقوق العباد فإن كان مالاً وهو قائم رده على المقضي عليه؛ لأن قضاءه وقع باطلاً، ورد عين المقضي به ممكن، فيلزمه رده؛ لقول النبي ﷺ: "على اليد ما أخذت حتى ترده" (١).

ولأنه عين مال المدعى عليه، وقد قال النبي ﷺ: "من وجد عين ماله فهو أحق به" (٢).

---

(١) أخرجه من حديث الحسن عن سمرة بن جندب: أحمد في (المسند ٥/٨) وأبو داود في السنن: كتاب الإجارة، باب تضمين العارية (٣/٢٩٦ح:٣٥٦١) والترمذي في الجامع: كتاب البيوع، باب ما جاء أن العارية مؤداة (٣/٥٦٦ ح:١٢٦٦) والنسائي في السنن: كتاب العارية، باب تضمين أهل الماشية ما أفسدت مواشيهم (٣/٤١١ح:٥٧٨٣) وابن ماجه في السنن: كتاب الصدقات، باب الوديعة (٢/٨٠٢ح:٢٤٠٠) والحاكم في (المستدرك ٢/٥)، وقد صححه الحاكم والترمذي، إلا أن الخلاف في سماع الحسن عن سمرة ربما وهنه. انظر: (فتح الباري ٥/٢٤١) .

(٢) جزء من حديث أخرجه من حديث أبي هريرة: البخاري في صحيحه: كتاب الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس فهو أحق به (٢/٨٤٦ح ٢٢٧٢) ومسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه (٣/١١٩٣ح ١٥٥٩).

وإن كان هالكاً فالضمان على المقضي له؛ لأن القاضي عمل لــه، فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان، ولأنه إذا عمل له فكان هــو الذي فعل بنفسه.

وإن كان حقاً ليس بمال كالطلاق والعتاق بطل؛ لأنه تبين أن قضاءه كان باطلاً، وأنه أمر شرعي يحتمل الرد، فيرد بخلاف الحــدود والمــال الهالك؛ لأنه لا يحتمل الرد بنفسه فيرد بالضمان.

وأما إذا تعلق الخطأ بحق الله عز وجل خالصاً فضمانه في بيت المال؛ لأنه عمل فيها لعامة المسلمين لعود منفعتها إليهم، وهو الزجــر، فكــان خطؤه عليهم لما سلف، فيؤدي من بيت مالهم ولا يضمن القاضــي ولا الجلاد أيضاً؛ لأنه عمل بأمر القاضي [١].

وقد قيل في هذا تفصيل آخر: وهو أن الخطأ إن تعلق بحد من الحدود فمذهب الصاحبين أنه إن ترتب عليه تلف نفس أو عضو فخطؤه في بيت المال، وإن لم يترتب عليه شيء من ذلك كالجلد فهدر.

ومذهب الإمام أبي حنيفة -رحمه الله-: أن الخطأ يكون هــدراً في الحدود سواء ترتب عليه تلف نفس أو عضو، أو لم يترتب عليه شيء من ذلك [٢].

---

(١) انظر: المبسوط ٩/٦٤، و ٢٥/ ١٣٢، روضة القضاة ١/١٥٦-١٥٧، بدائع الصنائع ٧/١٦، الفتاوى الهندية ٣/٣٤١.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٧/٥١-٥٢.

وهذا كله إذا لم يتعمد الجور، فإن تعمد الجور كان الضمان على القاضي، سواء كان في مال أو حد، ترتب عليه تلف نفس أو عضو، وتعمده الجور يظهر فيما إذا أقر هو بذلك، وخطؤه بلا جور يظهر بإقرار المقضي له في الأموال بأن بين أن الشهود كانوا عبيداً مثلاً، أو تقوم البينة على ذلك.

فالحاصل: أن خطأ القاضي تارة يكون في بيت المال، وهو إذا أخطأ في حد ترتب عليه تلف نفس أو عضو، وتارة يكون في مال المقضي له، وهو إذا أخطأ في قضائه في الأموال، وتارة يكون هدراً، وهو إذا أخطأ في حد، ولم يترتب على ذلك تلف نفسه أو عضو كحد شرب مثلاً، وتارة يكون في ماله أي مالِ القاضي وهو إذا تعمد الجور [1].

٢- المذهب المالكي:

أما المالكية: فقد نصوا على أن القاضي إذا حكم بحد من الحدود بموجب البينة، ثم تبين بعد الاستيفاء ما يقدح في شهادتهم، فلا يخلو القاضي من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون عالماً ساعة الحكم بما يقدح في الشهادة ويوجب بطلانها، فالحكم: أن يُلزم بالضمان في ماله فيما أتلف من الأموال، وبالدية فيما حكم به من الحدود والقصاص هذا إذا كان القادح

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٧/٥١-٥٢.

غير الكذب مثل الكفر والفسق والصغر ونحوها، أما لو علم بكذبهم ساعة أداء الشهادة ثم حكم بموجبها فعليه الضمان فيما أتلف من الأموال، ويؤخذ بالقصاص أو الدية فيما حكم به من الحدود والقصاص [(١)].

الحالة الثانية: أن لا يكون عالماً ساعة الحكم بما يقدح في شهادتهم فهذا فيه تفصيل: فإن كان ذلك لرق أو كفر تبين في أحدهم حد الجميع حد الفرية، ويغرم الدية في القصاص من كان من الشهود عالماً بكفر هذا الشاهد أو رقه، ولا يلزم الكافر أو الرقيق بشيء من الغرم، وإنما يلزم به من سكت عن حاله وحده؛ لأنه لما سكت عن حال صاحبه كان هو المتسبب في الإتلاف، فخص بالغرم.

أما إذا لم يعلم الشهود بحاله فالضمان يجب على القاضي لتفريطه، وهو على عاقلته إن بلغ الثلث فأكثر، فإن كان دون الثلث فهو عليه في ماله [(٢)].

هذا كله إذا كان القدح في الشهادة لكفر أو رق، أما إن كان القدح فيها بسبب فسق أحد الشهود وكونه مسخوطاً عليه لم يجلد أحد من الشهود، لأن المسخوط في هذا مخالف للعبد؛ لأنه حر، وقد اجتهد الحاكم في تعديله وتزكيته، فتثبت الشهادة له ولمن معه، بخلاف من تبين فيهم العبد، فأولئك لم تثبت لهم شهادة، إنما كان ذلك خطأ من السلطان، فينتفي الحد عن المسخوط ومن معه علموا أو لم يعلموا، ويلزمهم

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٤/٢١٠، التاج والإكليل ٦/٢٠٢.

(٢) انظر: المدونة ١٦/٢٣٩، الذخيرة ١٢/٧٧، حاشية الدسوقي ٤/١٥٥.

الضمان في أموالهم إن علموا، وإلا فعلى القاضي على ما مر تفصيله [١].

قالوا: وإذا حكم في الأموال، ثم تبين بعد حكمه أنه قضى بشـــهادة عبدين أو كافرين أو صبيين أو فاسقين، فينقض حكمه، ويسترجع المال من المحكوم له للمحكوم عليه، فإن حكم بأحد من ذكر مع عدل فلا يسترد المال من المحكوم له متى ما حلف بأنه ماله، ولا يُلزم الحاكم بضـــمانه ؛ لأن القاعدة أن: "خطأ الحاكم في الأموال على الاجتهاد هدر" [٢].

٣- المذهب الشافعي:

خلاصة مذهب الشافعية في هذا الباب: أن القاضـــي إذا أخطـــأ في حكمه كما لو حكم بشهادة اثنين ثم بانا عبدين أو ذميين فإنـــه يـــنقض حكمه، وكذا لو كانا فاسقين على الأظهر، ثم ينظر: فإن كان المحكوم به قتلاً أو قطعاً وجب عليه ضمانه إذا ظهر منه التقصير في البحث عن حال البينة، ولا يمكن إيجاب الضمان على الشهود؛ لأنهم يقولـــون: شـــهدنا بالحق، ولا على المشهود له لأنه يقول: استوفيت حقي، فوجـــب علـــى الحاكم الذي حكم بالإتلاف، ولم يبحث عن الشهادة، والضمان يلزمـــه في ماله، ولا يحمله عنه بيت المال ولا عاقلته في العمد، وإنما يتردد القول بوجوب القصاص عنه، والراجح الوجوب؛ لأن الهجوم على القتل ممنوع منه بالإجماع.

---

(١) انظر مع المراجع السابقة: القوانين الفقهية ص: ٢٠٦، مواهب الجليل ٢٠٢/٦.

(٢) انظر: تبصرة الحكام ٦٧/١، الشرح الكبير ١٥٤/٤.

وإذا لم يُقصر في البحث بل بذل وسعه وجب الضمان، وهل هو على عاقلته أو على بيت المال ؟، قولان: أظهرهما: وجوبه على العاقلة، ولا يضمن القاضي من ماله؛ لأن خطأه يكثر بكثرة الوقائع، فلو ضمن مع ذلك لَحِقه الحرج الشديد، وهو منتف في الشرع، ثم إذا ضمنت العاقلة أو بيت المال فالأصح أنه لا يثبت الرجوع على الشاهدين ؛ لأنهما يزعمان أنهما صادقان، ولم يوجد منهما تعد، وقد ينسب القاضي إلى تقصير في البحث.

وإن كان المحكوم به مالاً فإن كان باقيا في يد المحكوم له ألزم برده، وإن كان تالفاً وجب عليه ضمانه؛ لأنه حصل في يده بغير حق، ويخالف ضمان القطع والقتل حيث لم يجب على المحكوم له؛ لان الجناية لا تضمن إلا أن تكون محرمة، وبحكم الحاكم خرج عن أن يكون محرماً، فوجب على الحاكم دونه [(١)].

٤- المذهب الحنبلي:

وأما مذهب الحنابلة فهو قريب من المذهب الشافعي إلا في مسائل قليلة يخالفه فيها، وجملته - على ما يقرره ابن قدامة -رحمه الله-: " أن الحاكم إذا حكم بشهادة اثنين في قطع أو قتل وأنفذ ذلك ثم بان أنهما كافران أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما فلا ضمان على الشاهدين؛ لأنهما مؤتمنان على أنهما صادقان فيما شهدا به، وإنما الشرع منع قبول

---

(١) انظر: الأم ٨٧/٦، المهذب ٣٤٢/٢، روضة الطالبين ١٨٣/١٠-١٨٤، نهاية المحتاج ٣٤/٨.

شهادهما، ويجب الضمان على الحاكم أو الإمام الذي تولى ذلك؛ لأنه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهادته، ولا قصاص عليه؛ لأنه مخطئ، ويجب مع ذلك الدية، وفي محلها روايتان: إحداهما: في بيت المال؛ لأنه نائب للمسلمين ووكيلهم، وخطأ الوكيل في حق موكله عليه، ولأن خطأ الحاكم يكثر لكثرة تصرفاته وحكوماته، فإيجاب ضمان ما يخطئ فيه على عاقلته إجحاف بهم، فاقتضى ذلك التخفيف عنه بجعله في بيت المال.

والرواية الثانية: هي على عاقلته مخففة مؤجلة؛ لما روي: "أن امرأة ذكرت عند عمر بسوء، فأرسل إليها، فأجهضت ذا بطنها، فبلغ ذلك عمر، فشاور الصحابة، فقال بعضهم: لا شيء عليك؛ إنما أنت مؤدب، وقال علي: عليك الدية، فقال عمر: عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك" [1] يعني قريشاً؛ لأنهم عاقلة عمر، ولو كانت في بيت المال لم يقسمها على قومه، ولأنه من خطئه فتحمله عاقلته كخطئه في غير الحكومة.

فإذا قلنا إن الدية على عاقلته لم تحمل إلا الثلث فصاعداً، وإن قلنا إنه في بيت المال فينبغي أن يكون فيه القليل والكثير؛ لأن جعله في بيت المال لعلة أنه نائب عنهم، وخطأ النائب على مستنيبه، وهذا يدخل فيما يكثر خطؤه، فجعلُ الضمان في ماله يجحف به وإن قل لكثرة تكرره [2].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في (المصنف ٤٥٨/٩) والبيهقي في (السنن ١٢٣/٦) وأعله الحافظ ابن حجر بالانقطاع، انظر: (التلخيص الحبير ٣٧/٤) .

(٢) المغني ٢٣٠/١٠-٢٣١.

قال: "ولو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ثم بان أنهما فاسقان أو كافران فإن الإمام ينقض حكمه، ويرد المال إن كان قائماً، وعوضه إن كان تالفاً، فإن تعذر ذلك لإعساره أو غيره فعلى الحاكم ضمانه، ثم يرجع على المشهود له.

وعن أحمد رواية أخرى أنه لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين، ويغرم الشهود المال، وكذلك الحكم إذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان ولا يغرم الشهود المال" (١).

قلت: ظهر من عرض الأقوال في هذه المذاهب أن الفقهاء - رحمهم الله - متفقون من حيث الجملة على أن لا ضمان على القاضي إذا أخطأ في الحكم، وحيث أوجبوا عليه الضمان فلانتفاء الخطأ في تلك الصورة بتعمده للحكم بخلاف علمه، أو لتقصيره في البحث عن حال البينة، أو لغير ذلك من الأسباب.

وهذا الذي ذهب إليه الفقهاء هو الذي دلت عليه نصوص الشريعة وأصولها، فمن ذلك:

١- عموم النصوص والأخبار الدالة على رفع الحرج في عموم تكاليف الشرع، ووجه الحرج في إلزام القاضي بالضمان حيث أخطأ بين؛ إذ ما يعرض عليه من كثرة القضايا وتشعبها واختلافها يمنع من استمرار

---

(١) المغني ٢٣١/١٠. وانظر: قواعد ابن رجب ٦٠٠/٢، كشاف القناع ٦٠/٦، الإنصاف ١٢١/١٠.

الإصابة في كل قضية، فاقتضت المصلحة العامة عدم تضمين الحكام ما أخطؤوا فيه؛ لأن الضمان لو تطرق إليهم مع كثرة الحكومات وتردد الخصومات لزهد الأخيار في الولايات واشتد امتناعهم، فيفسد العالم بعدم الحاكم، فكان غيره من عاقلته أو بيت المال أولى بالضمان [١].

٢- قضاء عمر ﷺ السابق، إذ يلاحظ أنه حمّل العاقلة دية الجنين، و لم يجعلها على الحاكم.

٣- ما روي: "أن رجلين أتيا علياً ﷺ فشهدا على رجل أنه سرق فقطع يده، ثم أتياه بآخر، فقالا: هذا الذي سرق، وأخطأنا على الأول، فلم يجز شهادتهما على الآخر، وغرمهما دية يد الأول، وقال: لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما" [٢].

ووجه الدلالة منه ظاهر: وهو أنه جعل الغرم على الشاهدين، و لم يجعله على نفسه باعتباره قاضياً، وقد قال ابن قدامة: "إنه لا يعرف في هذا الحكم عن الصحابة مخالف" [٣].

---

(١) انظر: المغني ٢٣٠/١٠، قواعد الأحكام ٩٠/١ و ١٦٥/٢، عدة البروق للونشريسي ص: ٥٠٦، القواعد المستخلصة من التحرير ص: ٣٥٦.

(٢) هو بهذا اللفظ في الأم ١٨١/٧، وسنن الدارقطني ١٨٢/٣، والسنن الكبرى البيهقي ٤١/٨، وعلقه البخاري في صحيحه بصيغة الجزم: (٢٥٢٧/٦) وقال الحافظ ابن حجر: "إسناده صحيح". التلخيص الحبير (١٩/٤).

(٣) المغني ٢٢٤/١٠.

المطلب الثالث
أثر الخلاف الفقهي في هذه القاعدة

تقدم أن هذه القاعدة هي في الجملة محل وفاق بين جماهير أهل العلم، إلا أنه ربما حدث بينهم شيء من الخلاف في فروعها، ويكون ذلك من جهة اختلافهم هل ذلك الفرع مما يندرج في حكمها أم ليس كذلك ؟، وقد يكون للخلاف سبب آخر، ومن خلال الفرعين التاليين يمكن إدراك مأخذ الفقهاء في هذا الباب:

١- تغريم بيت المال إذا أخطأ الحاكم في حكمه باجتهاد سائغ:

المقصود بالاجتهاد السائغ: هو الحكم بما تشهد له أدلة الشرع النصية أو الظاهرة، بحيث لا يعارض دليلاً قطعياً من كتاب أو سنة أو إجماع أو قواعد الشرع المتفق عليها، وهذا هو الاجتهاد في الأحكام، ويلحق به: الاجتهاد في أدلة الوقوع وطرق الإثبات، كما لو بذل الحاكم وسعه في معرفة حال الشهود، ولم يظهر له ما يوجب رد شهادتهم، ثم بعد الحكم بها تبين فيهم قادح أو مانع يمنع من شهادتهم [1].

---

(١) تجدر الإشارة هنا إلى أن الاجتهاد في الأحكام إذا كان له مساغ في الشرع فإن الأصل فيه أنه مبرم لا يجوز نقضه؛ لأنه قد وافق أصلاً أو دليلاً شرعياً، والحاكم به يراه صواباً وصحيحاً، ولكن قد يعرض أن يكون قاض غيره ممن يجزم بخطأ هذا الحكم، فحينئذ يجري فيه هذا الخلاف المذكور.

فإذا ترتب عن هذا الاجتهاد خطأ في الحكم فإن القاضي لا يلزمه ضمان لا في نفسه ولا في ماله باتفاق المذاهب الأربعة حسبما تبين من ذكرها آنفاً، ولكن رفع هذه العهدة عن القاضي لا توجب هضم حق المحكوم عليه، بل الشرع الحكيم أعطى لكل ذي حق حقه، فتفضل على القاضي المجتهد برفع الضمان والمؤاخذة عنه، وأوجب للمحكوم عليه خطأً حقه كاملاً غير منقوص.

وقد اختلف الفقهاء على من يستقر ضمان هذا الحق:

فعند الأحناف: أن خطأ القاضي تارة يكون في بيت المال، وهو إذا أخطأ في حد ترتب عليه تلف نفس أو عضو، وتارة يكون في مال المقضي له، وهو إذا أخطأ في قضائه في الأموال، وتارة يكون هدراً، وهو إذا أخطأ في حد، ولم يترتب على ذلك تلف نفسه أو عضو كحد شرب مثلاً [١].

وعند المالكية: أن الضمان على الشهود إن تعلق الخطأ بهم وكانوا على علم بالقادح، أو على عاقلة الحاكم إذا لم يعلم الشهود بالقادح، وكذا إن تعلق الخطأ بالحكم وجاوز الغرم الثلث، وقد قيل في المذهب: إن ذلك هدر مطلقاً.

وحيث كان الخطأ في الأموال فلا يسترد من المحكوم له شيء إلا إذا نكل عن اليمين على ما سبق، وضمانه يجب على الحاكم إذا أقر بأنه أخطأ، فإن كان الثلث فصاعداً، فهو على عاقلته، وإن كان دون ذلك

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٧/٥١-٥٢، وبقية المراجع السابقة للمذهب الحنفي.

كان عليه في ماله، وقيل بوجوب الضمان عليه في ماله مطلقاً؛ لأن العاقلة لا تحمل الإقرار، وقيل ذلك هدر كله؛ لأن تغريمه يرغب الناس عن الولايات، وما لزم عاقلته في جميع الأحوال فهو واحد منهم [(١)].

وأما الشافعية والحنابلة: فلهم قولان فيمن يلزمه ضمان خطأ الحاكم في الحدود هل هم عاقلته أم بيت مال المسلمين؟، وخطؤه في الأموال مضمون على المحكوم له، يرده بعينه إن كان باقياً، ويضمن مثله إن كان تالفاً [(٢)].

فتحصل من هذا: أن الضمان في الخطأ الناتج عن اجتهاد وبذل وسع منتف عن القاضي، وهو إما على عاقلته، أو على بيت مال المسلمين .

ويترجح في النظر- والله أعلم- إيجاب الضمان في بيت المال (خزينة الدولة) وذلك لما يلي:

١- أن العاقلة في هذا الزمن لم يعد نفعها ولا اعتبارها كما كان في السابق، ولهذا فإن المحاكم اليوم -فيما أعلم- لا تأخذ بهذا المبدأ، بل هي إما أن تلزم المخطئ بالتعويض من ماله، أو يكون ضمانه في خزينة الدولة.

٢- أن إيجاب الضمان على العاقلة -على فرض إمكان ذلك-

---

(١) انظر: الذخيرة ١٠/١٤٢-١٤٤، والمراجع السابقة للمذهب المالكي.

(٢) انظر في ذلك: المهذب للشيرازي ٢/٣٤٢، روضة الطالبين ١١/٣٠٨-٣٠٩، المغني ٨/٣٠٣، ١٠/٢٣٠.

يجحف بهم ؛ لأن خطأ الحاكم يكثر لكثرة أحكامه، فإيجاب ضمان ما يخطئ فيه على عاقلته إجحاف بهم، فاقتضى ذلك إعفاءهم من الضمان، وجعله في بيت مال المسلمين [(١)].

ولا يعارض هذا ما سبق من قضاء عمر ﷺ فإن ذلك لعله كان لضعف بيت المال وقلة موارده، مع أن العاقلة حينها كان لها من الاعتبار والنصرة ما هو شبه منعدم في هذا الزمن.

على أنه قد روي عن النبي ﷺ ما يدل على أن خطأ القاضي في بيت المال، وذلك أنه ودى قتلى بني جذيمة من بيت المال لما قتلهم خالد بن الوليد خطأً يحسبهم لم يسلموا [(٢)].

٢- تغريم الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد الحكم إذا تضمن إتلافاً:

إذا شهد عند القاضي شاهدان فأكثر، وحكم بموجب شهادتهم بعد تفحص أحوالهم وثبوت عدالتهم، ثم بعد ذلك أبطلوا شهادتهم ورجعوا عنها، فقد اتفق الفقهاء - رحمهم الله - على أن القاضي لا يلزمه ضمان ما تلف بشهادتهم، سواء كان ذلك في النفس أو المال؛ لأنه عامل لغيره، وليس في وسعه التحرز عن وقوع الخطأ قطعاً، وقد وجب عليه القضاء بالظاهر على وجه لو تركه يأثم ويصير فاسقاً، فإذا أتى بما في وسعه من

---

(١) انظر: المغني ١٠/٢٣٠، قواعد الأحكام ٢/١٦٥.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الأحكام، باب إذا قضى القاضي بجور أو خلاف أهل العلم فهو رد (٦/٢٦٢٨ح ٦٧٦٦) . وانظر: فتح الباري ٥٨/٨.

التأمل وتعديل الشهود سقط عنه ما وراءه فلا يؤاخذ به [١].

واتفقوا أيضاً على أن المحكوم به لا يسترد من المحكوم له؛ لأن القضاء بالحق للمشهود به نفذ بدليل من حيث الظاهر، وهو الشهادة الصادقة عند القاضي ، ورجوع الشاهد يحتمل الصدق والكذب، وتلحقه التهمة بذلك، فلا ينتقض الثابت ظاهراً بالشك والاحتمال [٢].

ثم النظر بعد ذلك يبقى في الشهود، ولا يخلو رجوعهم من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون ذلك في الحدود والعقوبات، فهذا له صورتان:

الصورة الأولى: أن يثبت تعمدهم للكذب، فيجب عليهم القصاص أو الدية إذا عفا الولي، إلا أن يجهلوا حكم الشرع في الواقعة فتغلظ عليهم الدية، وهو مذهب الشافعية والحنابلة وقول عند المالكية اختاره ابن عبد البر[٣].

وذهب الحنفية إلى أن الواجب على الشهود دية مغلظة لا غير، وهو قول عند المالكية [٤].

---

(١) انظر هذا التعليل في القواعد المستخلصة من التحرير ص: ٣٥٦.

(٢) انظر: المبسوط ١٧٨/١٦، بدائع الصنائع ٢٨٣/٦، المدونة ٢٨٣/١٦، الكافي لابن عبد البر ص: ٤٧٦، المهذب ٣٤٠/٢، المغني ٢٢٤/١٠.

(٣) انظر المدونة ٢٨٣/١٦، الكافي ص ٤٧٧، حاشية الدسوقي ٢٠٧/٤، المهذب للشيرازي ٣٤٠/٢، روضة الطالبين ٢٩٧/١١، المغني ٢٢٤/١٠.

(٤) انظر للحنفية: المبسوط ١٧٨/١٦، ١٨١/٢٦، بدائع الصنائع ٢٨٥/٦، الفتاوى الهندية ٥٥٤/٣،وللمالكية: الكافي ص ٤٧٧، حاشية الدسوقي ٢٠٧/٤.

وهذا القول مبني على قاعدة اجتماع السبب والمباشرة، وأن ضمان العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل شرعاً، ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسبباً [١].

ويترجح في النظر مذهب الجمهور؛ للأثر السابق عن علي ﷺ، ووجه الشاهد منه: قوله: "ولو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما"، وهو نص في موضع النزاع، وسبق قول ابن قدامة -رحمه الله- : "إنه لا يُعرف عن الصحابة مخالف في هذا الحكم".

وأيضاً: فإنه إذا اقتصر الضمان على المباشرة فلربما تذرع الناس بذلك إلى إزهاق النفوس وتفويت المنافع، والشريعة توصد السبل أمام هذا المقصد حفظاً للمهج والدماء.

الصورة الثانية: أن يثبت خطؤهم في الشهادة كما لو شُبه عليهم، فتجب عليهم الدية، ولا قصاص عليهم؛ للخطأ [٢].

الحالة الثانية: أن يتعلق رجوعهم بالأموال، فجمهور أهل العلم على أنهم يلزمون بضمانه؛ لأنهم تسببوا في تفويته على صاحبه فيضمنونه كما لو شهدوا عليه بقتل أو عتق [٣].

---

(١) بدائع الصنائع ٢٨٥/٦.

(٢) الكافي ص: ٤٧٧، الذخيرة ٢٩٦/١٠، المهذب ٣٤٠/٢، الإنصاف١٠٠/١٢.

(٣) بدائع الصنائع ٢٨٣/٦، الفتاوى الهندية ٥٣٦/٣، الشرح الكبير ٢٠٧/٤، المهذب ٣٤٢/٢، المغني ٢٢٥/١٠.

وللشافعية قول بعدم تضمينهم ؛ لأن العين لا تضمن إلا باليد أو بالإتلاف، ولم يوجد من الشهود واحد منهما، والقول الأول عندهم هو المذهب (١).

فهذا حاصل عبارة الفقهاء في هذه المسألة، وهي مسألة عريضة جداً، حتى أفرد لها الفقهاء باباً أو كتاباً مستقلاً في مصنفاهم.

وبها أختم مسائل هذا الكتاب، والله المسؤول أن يغفر لي ما كان فيه من نقص أو زلل، وأن يرزقني الإخلاص في القول والعمل، إنه سميع مجيب، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

---

(١) انظر: أدب القاضي لابن القاص ٢/٣٩٥، المهذب للشيرازي ٢/٣٤٢، روضة الطالبين ١١/٣٠٢.

الخاتمة

الخلاصة والنتائج

وبعدَ ما من الله الكريم بإنجاز هذا الكتاب وإتمامه، فإني أضع هنا خاتمة أذكر فيها بالتفصيل خلاصة ما تضمنه مع أهم نتائج البحث:

١- بداية يمكننا أن تعبر الخلاف الفقهي المعتبر من أهم مقتضيات الثبات والشمول الذي تتسم به الملة الحنيفية، وإننا لنعتبره بحق السراج المنير الذي يستنير به القاضي طريقَه نحو فض المنازعات والفصل بين الخصوم، وهو خير مغارة يلجأ إليها لاتقاء إشكاليات الحكم ومعضلات القضايا.

٢- الخلاف في أصل الوضع يعني المضادة ضد الوفاق، وهو معنى يسري في جميع تصاريف الكلمة، وفي (الخلاف الفقهي) كذلك، والتفرقة بين (الخلاف) (والاختلاف) بجعل الأول من قبيل الخلاف المذموم والثاني من قبيل الخلاف المحمود لا يؤيده الوضع العربي، ولا استعمال الفقهاء، والأقرب فيه أنه اصطلاح محض جرى عليه بعض فقهاء الأحناف.

٣- الخلاف الفقهي متى كان مشؤه الاجتهادَ السائغَ مثلُه في الشرع فهو محمود، وهو نوعان: ما يرجع في حقيقته إلى الوفاق: وهو: الاختلاف في الاختيار والأولى بعد الاتفاق على جواز الجميع، وما كان منشؤه الاجتهاد المعتبر شرعاً الصادر عن أهله الذين اضطلعوا بمعرفة ما يفتقر إليه الاجتهاد، وكانوا مع ذلك على بصيرة بمقاصد الشريعة ومآلات الأحكام، فهذا هو الخلاف المعتبر، وهو خلاف المجتهدين من فقهاء ومفتين وحكام.

٤- نصوص الشريعة وأصولها متضافرة على مدح هذا النوع من الخلاف وجوازه، وليس مدحه لذات الخلاف، ولكن لأنه من ضرورات الاجتهاد المأذون فيه؛ إذ مدارك المجتهدين من شأنها أن تختلف وتتباين، ومدارك الأحكام ليست في متناول الجميع، فيبعد مع ذلك اتفاقهم على جميع تفاريع الشريعة وأحكامها.

٥- وإذ كان هذا الخلاف من ضرورات الاجتهاد فلا جرم أن يكون رحمة بالأمة المحمدية، لما يقتضيه من التيسير ورفع الحرج في كثير من الأحكام، وهو معنى قول القاسم بن محمد: "لقد نفع الله باختلاف أصحاب النبي ﷺ في أعمالهم، لا يعمل العامل برجل منهم إلا رأى أنه في سعة، ورأى أن خيراً منه قد عمله"، ولاحتياج الناس لهذا اللون من التيسير يقول عمر بن عبد العزيز :"ما يسرني أن لي باختلاف أصحاب النبي ﷺ حمر النعم".

٦- وأكثر ما تتجلى هذه الرحمة ومقتضاها من التيسير ورفع الحرج في الحكم القضائي؛ ذلك أن القضاء من شأنه أن يلزم بالحكم، وهو قد يكون عقوبة في أشد مراتبها، فإذا كان ثمة اجتهاد فقهي سائغ مثله في الشرع فلتخفيف الحكم مجال في الاجتهاد القضائي.

٧- ومن هنا نص الفقهاء على ضرورة التلبس بأوصاف المجتهدين لمن أراد التربع على منصة القضاء والفصل بين الخصوم، ولا غرو أن من صفاقم الدراية بالخلاف وبمواطنه؛ حتى يعرف متى يكون الحزم في الأحكام، ومتى تكون السماحة واليسر.

٨- وما نقل عن الأحناف من عدم اشتراط الاجتهاد في القاضي إذا حقق النظر فيه وجد أنه خلاف لفظي؛ لاشتراطهم رجوع العامي إلى أولي العلم في النوازل والحوادث، فيؤول الأمر إلى أن يكون المستشار العالم هو الحاكم في الحقيقة، لكن بواسطة هذا العامي، وقد ذهبوا في تفسير (العامي) إلى أنه المقلد الذي يكون أقل أحواله أن يحسن بعض الحوادث والمسائل الدقيقة، وأن يعرف طريق تحصيل الأحكام الشرعية من كتب المذهب وصدور المشايخ وكيفية الإيراد والإصدار في الوقائع والدعاوي والحجج وما إلى ذلك.

٩- من مقتضيات التيسير الذي يتسم به الخلاف الفقهي المعتبر أنه لا إنكار في مسائله، ولا يوجب الشنآن والعداوة بين أهله، فهو لذلك لا ينقض متى حكم به حاكم. ولكن هذا لا يعني أن الخلاف المعتبر كله صواب، بل منه ما هو صواب يتعين العمل به لمن ظهر له صوابه، ومنه ما هو خطأ يجب تركه لمن ظهر له خطؤه.

١٠- وهاهنا قسم آخر يقابل هذا النوع من الخلاف، وهو الخلاف المذموم، وهو أنواع: فمنه ما يكون بسبب مخالفة أصل أو دليل مقطوع به، ومنه الخلاف الواقع بسبب التعصب والهوى، والتقليد للأئمة، ومنه الخلاف الصادر عمن ليس بعارف بما يفتقر إليه الاجتهاد، فهذا الضرب من الخلاف بجميع أنواعه مذموم، والإجماع المعتبر منعقد على عدم الاعتداد به.

١١- الخلاف الفقهي المعتبر تعود نشأته إلى زمن الرسالة حيث كان أصحاب النبي ﷺ يختلفون بحضرة النبي ﷺ فيقرهم على اختلافهم من دون نكير، وهذا أحد ما يجعل هذا الضرب من الخلاف معتبراً في الاجتهاد.

١٢- إذا كان الخلاف الفقهي الذي جرى في عهد الصحابة قد اكتسب حجيته من إقرار النبي ﷺ فإن الخلاف الذي حدث في الأزمنة التالية كانت له أسبابه التي تبرر وقوعه بين المجتهدين، وهي أسباب إذا حقق النظر فيها ألفي أنها محتمة لوقوع مثل هذا الخلاف، فمن أجل ذلك لم يكن مذموماً على الإطلاق، بل ما ترتب عليه من التيسير ورفع الحرج وعدم المؤاخذة والإنكار أوجب أن يكون محموداً ومعتبراً، وهي خاصية من خصائص الفقه الإسلامي التي تبرز جانباً من ربانيته وسموه على الأنظمة والدساتير الوضعية.

١٣- الحكم في لسان العرب يجيء على معان عدة مرجعها إلى المنع، وهو معنى ملحوظ في (الحكم القضائي) إذ إن من شأنه أن يمنع الظالم أن يعتدي على غيره، وأن يردع أمثاله عن مثل فعله، وقد اصطُلح عليه بأنه: "ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه، فاصلاً في الخصومة، متضمناً إلزام المحكوم عليه بفعل، أو بالامتناع عن فعل، أو إيقاع عقوبة على مستحقها، أو تقرير معنى في محل قابل له".

١٤- و(القضاء) ينحو هذا المنحى، فهو في لسان العرب يجيء بمعان عدة مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه، وهو معنىً ملحوظ في القضاء

الشرعي الاصطلاحي؛ إذ الإبرام من أخص أوصافه التي يفارق بها غيره، وقد اختلف الفقهاء في تعريفه الاصطلاحي تبعاً لاختلافهم في المعايير التي رام كل فريق منهم أن يسلكها في تعريفه، وأقرب هذه التعاريف إلى تصوير حقيقة القضاء هي التعاريف التي جمعت بين المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي، ذلك أنه معيار جامع لأفراد المعرف وعناصره، ويحصل به تمييز المصطلح تميزاً جلياً، بعكس المعيارين الأولين، فهما لا يستوفيان جميع هذه العناصر، ومن شرط التعريف الجيد أن يحوي جميع عناصر المعرف، ويمنع من دخول غيره فيه.

١٥- لكي يكون حكم القاضي مكتسباً صفة الإلزام لا بد أن يتوفر على شروط، وهي: سبق الدعوى، وثبوت أدلة الوقوع لدى القاضي، ووجود البنات المعتبرة شرعاً، وأن يحضر أطراف النزاع بالأصالة أو النيابة، وأن يصدر الحكم بصيغة الجزم دالة على الإلزام لا خفاء فيها ولا غموض، ولا بد أن يكون شرعياً قد استُمد من الكتاب والسنة ولواحقهما من الأصول المعتبرة، ثم لا يصدر القاضي حكمه النهائي إلا بعد استيفاء الحجج والإعذار للخصوم.

١٦- وقد اختلف الفقهاء في الشرط الأخير أعني الإعذار الذي عرف بأنه: "سؤال من توجه عليه موجب الحكم هل له ما يسقطه" واقتضى النظر في الأدلة وأصول الشريعة ترجيح الرأي القاضي بوجوب الإعذار للخصوم قبل الحكم، لموافقته للأصل العام في العقوبات، وهو أنها

لا تُنفذ إلا حيث تقام الحجة، وتقطع الأعذار، كما استفاضت بذلك النصوص الكثيرة من الكتاب والسنة، ثم هذا فيه صيانة لأحكام القاضي من النقض والعبث.

١٧- الحكم القضائي يجيء على أضرب، فمنه الحكم القولي، ومنه الحكم الفعلي، ومنه الحكم بالموجب، وبالاستحقاق، وبالترك، وبالصحة، ومنه القصدي، والضمني، وأصرحها في الدلالة على الإلزام الصريح القصدي.

١٨- الحكم القضائي الشرعي هو حكم رباني له خصائص الدين ومميزاته التي تضفي عليه طابع المهابة والإجلال كما هو الشأن في بقية شرائع الإسلام وأحكامه، ولا يمتري منصف في أنه ليس على وجه الأرض قانون أعدل ولا أحكم ولا أقوم بالسياسة من القانون الشرعي الرباني، فهو الذي يميز حق التمييز بين ما هو عدل يُطلب تحصيله، وبين ما هو ظلم وفساد يطلب درأه وتقليله.

١٩- ومن طبيعة هذا الحكم أنه واجب التنفيذ فور صدوره صحيحاً، ولا يحتمل النقض إلا إذا خالف نصاً جليا أو إجماعاً معتبراً أو قاعدة محكمة، ومن شأنه ألا يتعدى أطراف النزاع لأن من خاصيته أنه حكم قاصر على الخصوم.

٢٠- صدور الحكم القضائي لا يعني إباحة الحق المحكوم به لمن توجهت له الدعوى؛ لأن القاضي إنما هو مخبر عن الحكم بحسب الأمارات

وشواهد الحال، وليس منشئاً له؛ فمتى تبين له الخطأ في حكمه وجب عليه أو على من خلَفه نقضه، يستوي في ذلك أن يكون الحكم في العقود والفسوخ، أو في الأموال، وحتى لو لم ينقض فإنه لا يغير الحكم الذي في الباطن، بل هو على المكلف على ما كان قبل القضاء، وإنما القضاء إظهار للحكم لا اختراع له، وهذا معنى قول الفقهاء: "حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته".

٢١- وهذه قاعدة تسري في جميع ما يكون الحكم فيه بخلاف ما في نفس الأمر، ويستثنى منها مسائل الاجتهاد، فالحكم فيها بخلاف مذهب المحكوم له يبيح له ما كان يعتقده خلاف حكم القاضي؛ وذلك أن الخلاف إذا قوي مدركه، واتصل به حكم حاكم تقوى به حتى يصير بمنزلة النص، وهذا حيث يكون القاضي من أهل العلم والعدالة، فيحل المحكوم به للمحكوم له ظاهرا وباطناً.

٢٢- وأما المحكوم عليه فيلزمه الانقياد لحكم القاضي حتى لو كان خلاف مذهبه؛ لأن القضاء موضوع بقصد فصل الخصومات، وإنهاء المنازعات، ولا يتحقق ذلك إلا بالإلزام بالحكم، ولما في مخالفته من مفسدة مشاقة الحاكم، وانخرام النظام، وتفويت نفوذ المصالح، فلم يكن بد من التزامه.

٢٣- إذ كان منصب ولاية القضاء يقتضي أن يكون متبوعاً لا تابعاً فحري بالقضاة أن يبتوا في مسائل الاجتهاد بما تقتضيه الأدلة والمصلحة الشرعية حتى لو أدى ذلك لمخالفة المذهب، فالأنكحة المختلف فيها مثلاً

إذا حصل فيها الدخول، فليس من المصلحة إبطالها بحجة الموافقة للمذهب، فإن ما يترتب على ذلك من تشتيت الأسر، وفساد الذرية يقضي بمراعاة الخلاف، وتصحيح هذا النكاح متى تمحض مصلحة.

٢٤- وهكذا الشأن في مسائل الطلاق، فكثير من الناس يطلق زوجته، وإذا حقق النظر في الحالة التي وقع فيها تطليقه ألفي أنه لم يكن مستجمعاً ذهنه، أو لم يكن قاصداً للطلاق، أو كان في حالة غضب بحيث أغلق عليه قصده وتصوره لما يقول، أو نحو ذلك مما حصل فيه نزاع بين الفقهاء، وقام على القول المانع من الطلاق حجة مقبولة واجتهاد سائغ فالمصلحة تقضي بمراعاة هذا القول وإبقاء العصمة على حالها.

٢٥- ومثل ما قيل في الطلاق والأنكحة المختلف فيها يقال في الحدود، فمتى تمحضت حقاً لله، وكان للخلاف فيها وجه معتبر، فينبغي أن يراعى ويعتبر؛ لأن حقوق الله مبنية على المسامحة، ولأن الأصل في الدماء العصمة والكرامة، وأن لا تراق إلا بالجزم والتثبت، ولا جزم مع وجود الخلاف المعتبر.

٢٦- وهذا يقيد بما تشهد المصلحة باعتباره ومراعاته، فلو كان الاسترسال في مراعاة هذا اللون من الخلاف يؤدي إلى انتهاك الحرمات والجرأة على حدود الله فمن المصلحة عدم اعتبار هذا الخلاف، ويجعل الحكم في ذلك بمثابة التعزير الذي يفوض للإمام يحكم به بحسب ما تقتضيه المصلحة زماناً ومكاناً، وبحسب اختلاف الأشخاص والأحوال.

٢٧- اختلفت وجهة المعاصرين في تقنين الأحكام الشرعية والإلزام بها، والذي أسفر عنه النظر أن تقنين الأحكام الشرعية والإلزام بها أمر لا مناص منه في هذا الزمن؛ لأن الحكم بالاجتهاد يستلزم أن يكون القاضي مجتهداً قد حفظ مدارك الأحكام، وله معرفة بالخلاف وبمواطنه، ويكون مع ذلك ذا دربة بمسالك القضاء وطرائقه، ومثل هذا إن كان موجوداً في هذا العصر فهو من أندر الموجودات، فكيف يشرع هذا الباب أمام غيره ؟.

٢٨- ثم إنه لا محذور في تقنين الأحكام الشرعية؛ لأنه عمل جماعي يستند إلى الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة وصحيح الاعتبار، مع مراعاة الأعراف المتجددة، والنظر في مآلات الوقائع والأحكام، وغير ذلك مما يختلف النظر فيه باختلاف الزمن والمكان، والأحوال والأشخاص .

٢٩- الواقعة القضائية هي الحادثة التي يقع فيها التنازع لدى القاضي، وتستدعي فصلاً بحكم ملزم، أو بصلح عن تراض، وهي تتميز عن قسيمتيها (الواقعة الفتوية والواقعة الفقهية) بافتقارها إلى أشياء لا تدرك بالتعليم مثل الفراسة والفطنة وفقه النفس والأمارات التي تميز بين الخصمين وغير ذلك، وهي تحتاج كذلك إلى نظر وتحرير، وبذل جهد في تبيين سببها ومقدار مسببها، وغالباً ما يسفر النظر القضائي عن حكم يخالف ما يسفر عنه النظر الفقهي أو الفتوي، وهذا يعود في الأساس إلى ما للقضاء من خصوصيات لا يشهدها الفقيه ولا المفتي.

٣٠- ومن أجل هذه الميزة التي يستقل بها القضاء تعين على القاضي في كثير من الأحوال أن يحكم بالمرجوح أو بالقول الضعيف، وقد يستدعي الحال إحداث قول ثالث في مسائل الاجتهاد التي يتغير أحكامها بتغير الأحوال والأعراف.

٣١- ومن أجل هذه الميزة أيضاً ثار القول بمراعاة الخلاف الذي قوي مدركه، وهو أصل في المذهب المالكي، ومشى عليه عامة المحققين في فتاويهم وأقضيتهم، وحاصله على ما رسمه ابن عرفة: "إعمال دليل المخالف في لا زم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر".

٣٢- اعتبار الخلاف في خصوص الأحكام القضائية أشد وآكد من اعتباره في غيرها؛ وذلك أن مراعاة الخلاف طريق إلى تحقيق قصد الشارع في القضاء، وهو إيقاعه على أحسن وجه وأتمه؛ وذلك أن المدعي قد يكون متعمداً هذا التصرف بحكم مذهبه فيه، سواء كان مجتهداً أو مقلداً، فإلغاء هذا الباعث ساعة القضاء ليس من العدل في شيء ؛ فإن هذا مع كونه مخالفة لحكم المتأول فإن فيه إلزاماً للناس بمذهب القاضي، وهذا بدع في الحكم، ومخالفة للسياسة الشرعية التي يكون الناس معها أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد.

٣٣- القول بمراعاة الخلاف لا يستجيز للقاضي أن يفصل بحكم لا يعلم دليله ولا موقعه من الصحة والصواب سوى أنه قول فلان، وهو يجد من نفسه قوة في البحث عن الدليل، والترجيح بين المشكل والمتشابه من

الأقاويل، فهذا مما علم بطلانه بالضرورة، وانعقد عليه إجماع الأمة.

٣٤- إذا كان التخيير بين الأقوال بمجرد التشهي والأغراض ممنوعاً منه في القضاء، فإنه لا محيد للقاضي عن النظر في الخلاف، والحكم بالرأي المختار بدليل ينقدح في نفسه أنه الصواب، وهذا يستلزم أن يكون على دراية بالخلاف وطرق الترجيح.

٣٥- الاجتهاد القضائي له مجالان: أحدهما: مجال النصوص، فالنص إن كان قطعي الثبوت والدلالة فالاجتهاد فيه يكون بتفهمه فهماً متكاملاً بحيث يتعرف المجتهد منه على ما تضمنه من الأحكام، وما استوجبها من العلل، وما تهدف إليه تلك الأحكام من الغايات التي هي روح التشريع ومقاصده الأساسية.

٣٦- وأما ما كان من النصوص ظني الثبوت والدلالة أو ظنياً في أحدهما فقط: فهو مجال رحب للاجتهاد، بمعنى: أنه لا يأثم فيه المجتهد، ولا يستساغ فيه الإنكار، ومن شرط هذا الاجتهاد ألا يخالف أصلاً مقطوعاً به، أو يؤدي إلى مناقضة مقاصد الشريعة، ولا بد أن يكون مستنداً إلى أصل مقطوع به.

٣٧- والمجال الثاني: مجال الوقائع، والاجتهاد فيها نوع من الاجتهاد المفرع على النظر في الأحكام وأدلتها، فالاجتهاد في النصوص لا يمكنه أن يوصل إلى المطلوب ما لم يقترن بواقعه ومحله؛ لأن لمحال الوقائع خصوصيات وضمائم توجب في كثير من الأحيان مغايرة المنصوص عليه من الأحكام.

٣٨- الاجتهاد في الوقائع يقتضي أموراً أربعة: أحدها: النظر في أدلة الوقوع، والثاني: النظر في أصحاب الوقائع، والثالث: النظر في مدى ملاءمة الحكم للواقع والمآل، والرابع: النظر في مصالح الرعية العامة والخاصة مما هو مندرج في أعمال القضاة.

٣٩- للاجتهاد القضائي مسالك وطرق لا بد لمن يروم الحكم بالصواب من سلوكها، وهي بالجملة: مراعاة الضوابط العامة في الترجيح، والجمع بين النظر في القواعد الكلية والأدلة الجزئية، ومراعاة الواقع والمآل والتوسط والاعتدال، واعتبار الخلاف والنيات، والعمل بالاحتياط وما جرى به العمل.

٤٠- الجمع بين النظر في القواعد الكلية والأدلة الجزئية يعني: أن على القاضي المجتهد أن ينظر حال الترجيح والاجتهاد في القواعد الكلية على غرار ما ينظر في الأدلة الجزئية، وهذا لأنه قد يقوم على قول أو حكم دليل يكون العمل به قادحاً في القاعدة الكلية المستمرة، والكليات أخلق بالاعتبار من الجزئيات عند التعارض.

٤١- وتدبُّر هذا الأصل يوصلنا إلى نتيجة حتمية، وهي أن الإسلام شريعة متكاملة، دين ودولة، لا يمكن أن تحقق مصالحها وتظهر حِكمها إلا بتطبيقها كاملة من دون تجزئة، ومتى أخلت الدولة ببعض الحقوق والواجبات ظهر الخلل في بعض أحكام الشريعة وافتقدت المناسبة بين التصرفات وأحكامها.

٤٢- وكما أن للاجتهاد القضائي مسالك لا بد منها لتحقيق العدل، فثمة عوامل لا تقل أهمية من هذه المسالك من حيث وجوب اعتبارها وعدم إلغائها، وهي بالجملة: مراعاة العرف والعادة، وسد الذرائع، ورفع الحرج، وتحقيق المصلحة الشرعية.

٤٣- المقاصد والنيات لها أثر كبير في الكشف عن ماهية الحكم المناسب للواقعة المعروضة للقضاء، وتصنيف تصرفات المدعين إلى ما هو صحيح مقبول، وما هو باطل مردود، وما هو عمد وما هو خطأ، وما هو موجب للعقوبة البليغة أو التعزير، وما هو عفو لا يؤاخذ صاحبه، وأبعد من هذا أن المقاصد تحسم النزاع في بعض مسائل الخلاف، فلا يكون للقاضي محيد عن اعتبارها.

٤٤- الضرورة في القضاء لها تأثير عام على الأحكام القضائية، منه ما يتعلق بالقضاء نفسه، ومنه ما يتعلق بصاحب الضرورة، ولها وزنها في الاجتهاد القضائي، بحيث لا يمكن إهمالها بحال إبان نظر القاضي في الواقعة، ولها سلطان قوي في تحديد الرأي الراجح من الخلاف، واعتبارها يسفر عن أحكام مختلفة حسبما يسفر عنه نظر القاضي في خصوص كل حالة من أحوالها، وهي أحكام تدور في جملتها على العدل والمصلحة والرفق بالمضطر.

٤٥- العرف له سلطان قوي في تحديد الأحكام المناسبة للوقائع القضائية، وهو في قوته يكاد أن يكون بمثابة النص والإجماع حتى لا تجوز

مخالفته أو التعويل على غيره، ومن هنا كان لزاماً على القاضي أن يكون على دراية كافية بأعراف الناس وأحوالهم يفوق في ذلك المفتي والفقيه؛ لأن القضاء من شأنه أن يلزم بالحكم الذي يسفر عنه البحث والتحقيق، وقد يكون عقوبة في أقصى مراتبها، فإذا أهدر العرف إبان البحث وإصدار الحكم في الوقائع التي تخضع للأعراف وقع في الجور.

٤٦- والعرف في القضاء تنبني عليه مسائل كثيرة، فهو بالإضافة إلى كونه كاشفاً للحكم الشرعي يكون أيضاً كاشفاً عن الناس، ومميزاً للصادق من الكاذب، وبه يميز القاضي بين من تسمع دعاوى التهم ضده وبين من لا تسمع؛ فإن العرف هو الذي يشهد بصلاح الناس وفسادهم، وهو أيضاً يكون مرجعاً يحتكم إليه في فصل التعارض بين الحجج والبينات، فما قام العرف على اعتباره منها قوي ورجح، وما خالفه أهدر ولم يعتد به، وحتى ساعةِ الكشف عن الحكم لا يستغني عنه القاضي في تقدير التعزير بالعقوبة حسب عظم الجرم وصغره في نظر العرف، وحسبما يتحمله المحكوم عليه.

٤٧- الأخذ بما جرى به العمل من خصائص المذهب المالكي، وهو من حيث المنزلة يحذو حذو العرف، ويزداد عليه قوة بحكم أنه صادر عن اجتهاد فقهي أو قضائي ممن ثبتت عدالته وصلاحه، وهو أصل يحتاج إليه القاضي للبت في ما يخضع الحكم فيه للعرف والعوائد، ومتى صدر عن أهله بشرطه كان للقاضي أن يتخذه مرجحاً للخلاف فيما يجري بين يديه

من الوقائع، إلا أن عليه أن يتثبت في السبب الموجب للعمل به وترك ما خالفه من المشهور أو الراجح.

٤٨- سد الذرائع أصل مكين في الشرع دل على اعتباره النصوص المستفيضة من الكتاب والسنة وعمل سلف الأمة، ولا محيد للقاضي إبان نظره في مسائل الخلاف من اعتباره؛ ذلك أن كثيراً من مسائل الخلاف كان مثار الخلاف فيها هو العمل بالذرائع، وغير خاف أن تلك الذرائع ربما أمكن التحرز من مآلها في ظرف أو زمن بغير ذلك الحكم، فلا يبقى للعمل به حينئذ معنى، كما أنه قد يلفى من الأحكام الظنية ما قام الدليل على رجحانه في النظر، لكن لو حكم به القاضي لأفضى إلى مفسدة راجحة أو غالبة، فيمنع من مثل هذا الحكم ما دام للاجتهاد فيه مساغ، وقال به ثلة من الأئمة.

٤٩- تبين من البحث في أصل (رفع الحرج) أن الحرج موضوع عن تكاليف الشرع جملة وتفصيلاً، وأنه كلما لحقت بالمكلف مشقة زائدة فإن الشرع يخفف عنه في كل مشقة بحسبها، لكن دون أن يكون ذلك على حساب حقوق الغير، ذلك أن التخفيف الذي تقتضيه المشقة إذا أدى إلى انتهاك حقوق الغير فالتيسير فيها لا يعني إهدارها وتفويتها على أهلها، فإن ذلك من إزالة الضرر بمثله، وهو خلاف قاعدة الشريعة، بل التيسير في ذلك يعني الجمع بين مصلحة صاحب الحق ومصلحة الحرِج والمتضرر، والحكم في ذلك يختلف باختلاف الحقوق، فالقاعدة في حقوق

الله أنها مبنية على التيسير والمسامحة، وأما حقوق العباد فالقاعدة فيها بضد ذلك، وهذا على الجملة، وإلا فقد يلفى من الصور ما لا يندرج تحت إحدى القاعدتين.

٥٠- الخلاف المعتبر إذا احتفت به الأعذار المقتضية للتخفيف ورفع الحرج صار رجحانه أبين من القطعي؛ فإنها تقتضي التيسير والتخفيف في قطعيات الشرع التي لا نزاع فيها، فإذا وجد الخلاف تقوى جانبه بها، وصار الحكم به بمنزلة الحكم بالقطعي، ولا ينبغي أن يختلف في ذلك .

٥١- الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ولذلك لا يتجه الخلاف في العمل بالمصالح والمرسلة والأخذ بها إذا تحققت الشروط وانتفت الموانع، بل عند التحقيق يلفى أن جميع المذاهب تأخذ بالمصالح وتُحكمها في النوازل والحوادث.

٥٢- ويعتبر القضاء المجال الخصب للعمل بالمصالح، ذلك أن كثيراً من قضاياه إنما هي نوازل لم يسق بخصوصها نص من كتاب أو سنة أو اجتهاد سلف الأمة، وذلك مما يقتضي تجديد النظر والحكم في الحادثة بحسب ما تمليه المصلحة شرط ألا يكون العمل بها معارضاً لقاعدة عامة من قواعد الشريعة .

٥٣- المصالح المعتبرة حَكَمٌ بين الآراء المختلفة، فإذا كان رأي المخالف مشتملاً على مصلحة شهد لها أصل بالاعتبار، وتأيدت بالأعراف الصحيحة والظنون المعتبرة فلا ينبغي التعويل على غيره، وليس من العدل

ولا من السياسة ترك العمل برأي كهذا بحجة العصبية المذهبية والتقليد الأعمى، بل السياسة تقتضي الحكم بالمصالح المعتبرة أنى كان مصدرها؛ فإنها من مقتضيات العدل الذي هو أصل القضاء ومقصوده الأعظم.

٥٤- اصطلح الفقهاء على تعريف التقليد بأنه :" قبول رأي من لا تقوم به الحجة بلا حجة"، واجتمعت كلمة المحققين منهم على ذم التقليد وفساده، وإذا كان التقليد مستوجباً للذم في باب الفقه والفتيا فهو في القضاء بين الناس آكد في الذم ، وقد يكون حراماً؛ لأن القاضي مأمور شرعاً أن يحكم بالحق وينشده حيث كان ، حسبما يؤديه إليه اجتهاده، لا بمحض التعصب والتقليد الأعمى.

٥٥- لا يختلف الفقهاء في أن القاضي المجتهد يلزمه الحكم بما أداه إليه اجتهاده وافق مذهب قومه أو لم يوافق، وأما المقلد فقد جوزوا توليته في حال الضرورة حيث لا يكون بالبلد من هو أقوم منه بولاية القضاء، وأما مع وجوده فالأرجح عدم جواز توليته؛ لأن ما يترتب على إفساده أكثر مما يرجى من إصلاحه.

٥٦- الخلاف الفقهي في الواقعة القضائية تترتب عليه آثار على القاضي مراعاتها إبان نظره في مسائل الخلاف، وهي أولاً: وجوب التريث في إصدار الأحكام، وثانياً: عرض الواقعة على أهل المشورة، وثالثاً: التيسير في الأحكام، ورابعاً: إسقاط الحدود بشبهة الخلاف، وهو ضرب من التيسير.

٥٧- يستحب للقاضي أن يستشير في أحكامه من يثق بدينه وعلمه، فإذا انقدح في نفسه رأي معتبر قضى به، وأكثر ما يعرض الإشكال في مسائل الاجتهاد؛ لأنها تحتمل وجوهاً مختلفة، كل منها يصح في النظر ولو من وجه، فيحتاج القاضي للمشورة لحسم الخلاف ببالغ الحجة.

٥٨- الخلاف إذا تعلق بموجب من موجبات الحدود وكان له مساغ في الشرع فلمراعاته مجال في القضاء كما سلف، ولكن ليس كل خلاف ينتهض شبهة، بل المراد ما قوي دليله لدى القاضي المجتهد وتمحضت المصلحة في اعتباره.

٥٩- وهذا الحكم أي إسقاط الحد بشبهة الخلاف يختص بما تردد الخلاف فيه بين الحلال والحرام أو بين الجواز وعدمه، أما ما وقع الاتفاق على تحريمه ومنعه كالقتل والزنا وسائر ما حصل فيه الوفاق فالخلاف في بعض شرائطه وأحكامه لا يكون شبهة تدرأ بها الحدود، بل أي حكم أسفر عنه الاجتهاد القضائي كان هو المتعين التطبيق.

٦٠- إذا اختلف الفقهاء في طرق الإثبات فللقاضي أن يجتهد في تمحيصها للحكم بها أو ردها، ويحتكم في ذلك إلى المصلحة الشرعية، وما تقتضيه السياسة الشرعية.

٦١- إذا صدر الحكم القضائي في مسألة من مسائل النزاع تحتم نفيذه، ولم يعد للخلاف اعتبار، وهذا معنى قول الفقهاء: "حكم الحاكم في مسائل النزاع يرفع الخلاف".

٦٢- كما كان لاختلاف الفقهاء في الوقائع القضائية وطرق الإثبات آثار على حكم الحاكم واجتهاده، فكذلك كان لاختلافهم في قواعد الحكم القضائي آثار من جنس تلك الآثار، وهذه القواعد العشر التي اشتمل عليها هذا البحث هي أمهات قواعد الحكم القضائي التي أثارت هذا الخلاف، والعلم بها حتم لازم لمن رام أن يكون حكمه على وفق الشريعة وأصولها.

٦٣- لا ينكر أن جملة من الاجتهادات التي صار إليها الفقهاء - رحمهم الله - في عصور مضت إنما صاروا إليها علاجاً لحالة طارئة أو نازلة مستجدة، ولم يجعلوها شرعاً لا يجوز خرقه على مدى الأزمان، بل أناطوها بالمصلحة حسبما تقتضيه معطيات الأزمان وأحوال الأمم، وهذا معنى القاعدة الفقهية التي تنص على أنه (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) .

٦٤- ومن هنا شدد الفقهاء النكير على من يحملون الناس على المسطور دون مراعاة أعرافهم وعوائدهم، حتى قال القرافي : "الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين، والسلف الماضين".

٦٥- تأثير العوائد والأعراف إنما يكون في المسائل الظنية الاجتهادية خاصة، فهي التي تتبدل أحكامها بحسب اقتضاء المصلحة لها زماناً ومكاناً، وأما المسائل القطعية التي تتسم بالثبوت والدوام فلا تنتهض الأعراف

لمحوها أو تبديلها، بل تلك الأحكام من شأنها أن تُقوم الأعراف المخالفة، وتصحح العوائد الفاسدة.

٦٦- إثبات الحدود بالقرائن الحديثة له مساغ في الاجتهاد، والمعارف الحديثة قد ابتكرت من وسائل اكتشاف الجناة والمجرمين ما هو أقطع في الدلالة على المطلوب من كثير من البينات والقرائن المتفق عليها، إلا أن نطاق هذا اللون من الوسائل يكاد ينحصر إلى الآن فيما يسمى بالبصمات الوراثية، وللقول بإثبات الحد بها مجال في النظر القضائي.

٦٧- الأصل الذي دل عليه الكتاب والسنة: أن الطلاق بمعناه الشرعي الاصطلاحي إنما يملكه الزوج خاصة، فهو الذي يوقعه إما بالمباشرة أو التوكيل أو التخيير، وأما القاضي: فالأصل أنه لا يطلق على الأزواج زوجاتهم، ولم يخول له الشرع أن يفرق بين الزوجين إلا في حال الضرر، فيتدخل لتنفيذ حكم الشرع بإزالة الضرر. وما سطرته بعض القوانين في البلاد العربية من قصر الطلاق على القاضي خاصة فيه مراغمة بينة للشرع، فإن الطلاق بعد صدوره صحيحاً من مالكه لا يملك أحد رفعه، فالواجب إقرار الشرع لا رفعه.

٦٨- من أصول المذهب الحنبلي أن "مَن سقطت عنه العقوبة لموجب ضوعف عليه الغرم"، وهي قاعدة فقهية قضائية قد قام من أدلة الشرع والقياس الصحيح ما يشهد بصحتها، وذلك مثل تضعيف الدية على المسلم إذا قتل ذمياً وعلى الأعور إذا قلع عين الصحيح.

٦٩- من سعى في تحصيل شيء ما على وجه محرم إما لإضراره بغيره أو لتحصيله مصلحة نفسه قبل أوانها فإنه يعاقب بخلاف ما أراده من فعله، فيمنع مما أراد تحصيله، ويلزم بما أراد تفويته، وهذا معنى قول الفقهاء: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه".

٧٠- ومن هنا ترجح في النظر منع القاتل من الميراث، وتوريث المطلقة في مرض الموت المخوف، وتحريم المرأة على من تزوجها في العدة وهو عالم بالتحريم.

٧١- من أصول القضاء أن (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد) وهي قاعدة تعد من مظاهر التيسير ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية؛ ذلك أن من ضرورة اختلاف مدارك الناس أن تختلف أنظارهم في الحوادث المستجدة والمسائل المظنونة، فلو صح رفع بعض هذه الأنظار ببعض مع تعادلها لما استقر رأي ولا حكم قط، ولشق ذلك على الناس مشقة شديدة.

٧٢- وإلى هذا فمتى بت القاضي في مسألة من مسائل النزاع باجتهاده فليس له أو لغيره نقض ذلك بحجة المخالفة للمذهب أو للراجح من الأقوال، اللهم إلا أن يثبت أنه أصدر حكمه دون ترو ونظر، فلنقضه حينئذ مجال في الاجتهاد.

٧٣- المقصود الأعظم من ولاية القضاء هو العدل والإنصاف، ولا بد من ظهور هذا المقصد في القاضي على وجه تطمئن معه الخصوم، فإذا كان يُتهم أن يجر لنفسه نفعاً أو يدفع عنها ضرراً فقد فات تحقق هذا

المقصد بالريبة ولو كان يجوز في نفس الأمر أن يكون عدلاً، وإلى هذا فقد أجمع الفقهاء من حيث الجملة على أن حكم القاضي لا ينفذ فيمن يتهم به، وهذا مما يؤكد بناء هذه الشريعة الغراء على العدل التام، وحرصها الشديد على سد جميع السبل والأسباب التي يمكن أن تفضي إلى جور أو نوع محاباة لا تتوافق مع المقصود الأعظم من ولاية القضاء الذي هو العدل والإنصاف.

٧٤- من أصول مذهب الأحناف: أنه: "لا ينفذ الحكم على الغائب إلا أن يكون ما يدعى به عليه سبباً لازما لما يدعى به على الحاضر"، وقد أسفر النظر على أن الأصل هو أن لا يحكم على أحد إلا بعد حضوره؛ ليتمكن من دفع الدعوى أو إقرارها، فإن تعذر حضوره أو إحضاره سمعت البينة عليه، وأمهل القاضي في الحكم قليلاً عله أن يظهر أو ينيب عنه خصماً، فإن لم يكن شيء من ذلك قضى عليه، فإذا حضر كان له أن يطعن في البينة ويجيبه القاضي لذلك، وكل هذا مما يختلف باختلاف القضايا والأحوال، والمرجع في ذلك لاجتهاد القاضي وتقديره للمصالح.

٧٥- من مظاهر التيسير ورفع الحرج في ولاية القضاء: أن القاضي متى بذل وسعه في إصابة وجه الحق وكان أهلاً لذلك، ثم تبين بعد أنه أخطأ في الحكم إما لخلل في الاجتهاد أو البينة أو نحو ذلك فإن ما ترتب على حكمه من تفويت مال أو نفس لا يسأل عنه، بمعنى أنه غير ملزوم بتعويض المتضرر من ماله، ولكن ذلك يعود إما على عاقلته، أو على

المحكوم له، أو على بيت مال المسلمين، وهذا معنى القاعدة الفقهية التي تنص على أن (لا ضمان على القاضي إذا أخطأ في الحكم).

٧٦- وأخيراً فإنه بإعمال القاضي نظره في مجموع ما حواه هذا البحث من أصول وقضايا ومسائل يتحصل لديه قواعد عامة وكليات مطردة يستنير بها طريقه نحو فض المنازعات، وإنهاء المخاصمات، ويستعين بها في معرفة الراجح من الخلاف فيما يبتلى به من مسائل النزاع، وإنه بتحكيمه لهذه الكليات لخليق بأن يصيب في حكمه، ويُعصم بإذن الله من الوقوع في الخطأ أو الجور.

وبعد: فقد من الله الكريم بإتمام هذا الكتاب، فما كان فيه من صواب فهو من توفيق الباري جل جلاله، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي والشيطان، ثم ليعلم القارئ الكريم أني قد استفرغت في إعداده جهداً ليس باليسير، وبذلت فيه معظم من الوقت الشيء الكثير، والله يعلم كم فجرٍ أذِن بالانفلاق وإني لمستغرق في جمع شتاته من بطون الكتب والمطولات، وعسى أن أكون قد وفقت للمراد، وخلّفت بعضاً مما عسى أن ينفع الله به العباد، ويدخر لي أجره ليوم المعاد.

وإذ كان الأمر كما علمتَ أيها القارئ الكريم فحيثما ألفيتَ فيه بغية الطالبين فاشكر الله سبحانه، فهو المعلم الملهم، وحيثما ألفيت فيه كدراً فليكن منك حسن إعذار، فإنه ليس أحد من الخلق يُعصم عن الخطأ إلا أنبياء الله، وليكن نهجك حياله كما يقال: (خذ ما صفا ودع ما كدر).

وإن امرأً مثلي لخليق بإعذارك، فالعلم قليل، ونبراس المعرفة ضئيل، مع أن الوقت الذي خصص للبحث كان أقل مما يبتغي، إذ لم يكن من حظه إلا حول وبضعة أشهر، وهي مدة لا أراها تفي بمقتضيات مثل هذا البحث الذي يعالج أحد أخطر الموضوعات في مباحث الاجتهاد القضائي.

على أني قد أبحت لكل من وجد فيه عوجاً أن يصلحه ويقيم أوده، وأقول كما قال ابن عاصم -رحمه الله- عن منظومته في أصول الفقه:

وما بها من خطأ ومن خلل ... أذنت في إصلاحه لمن فعل

لكن بشرط العلم والإنصاف ... فذا وذا من أجمل الأوصاف

والله يهدي سبل السلام ... سبحانه بحبله اعتصامي[1].

وأخيراً أسأل الله البر الرحيم أن يغفر لي زللي، وأن يجعل جهدي خالصاً لوجهه الكريم، وينفع به عامة المسلمين وخاصتهم، إنه سميع مجيب، سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين.

---

(١) مقدمة منظومة: "مرتقى الوصول إلى علم الأصول" لابن عاصم.

الفهارس

فهرس الآيات الكريمة

التوبة		
﴿وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ﴾	٧٩	١٨٨
﴿فَرِحَ الْمُخَلَّفُونَ بِمَقْعَدِهِمْ خِلَافَ رَسُولِ اللَّهِ﴾	٨١	٣٧
يونس		
﴿قُلْ أَرَأَيْتُم مَّا أَنزَلَ اللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا﴾	٥٩	٤١٧
﴿ثُمَّ اقْضُوا إِلَيَّ وَلَا تُنظِرُونِ﴾	٧١	١٠٤
هود		
﴿الر كِتَابٌ أُحْكِمَتْ آيَاتُهُ ثُمَّ فُصِّلَتْ مِن لَّدُنْ حَكِيمٍ خَبِيرٍ﴾	١	٩٥
﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ لِيُهْلِكَ الْقُرَىٰ بِظُلْمٍ وَأَهْلُهَا مُصْلِحُونَ﴾	١١٧	٢٥٧
يوسف		
﴿وَجَاءُوا عَلَىٰ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾	١٨	٦٦٠
الرعد		
﴿أَنزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَسَالَتْ أَوْدِيَةٌ بِقَدَرِهَا﴾	١٧	٨٦
الحجر		
﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَٰلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَٰؤُلَاءِ مَقْطُوعٌ مُّصْبِحِينَ﴾	٦٦	١٠٤
﴿إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ﴾	٧٥	

الأنبياء		
﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ ﴾	٧٨	٤٢، ٩٣، ١٧٦
الحج		
﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖ ﴾	٧٨	٤٣، ٤٣٣، ٥٢٨
المؤمنون		
﴿ وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلۡحَقُّ أَهۡوَآءَهُمۡ لَفَسَدَتِ ٱلسَّمَٰوَٰتُ وَٱلۡأَرۡضُ وَمَن فِيهِنَّ ﴾	٧١	٤٧٧
النور		
﴿ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ﴾	٨	٧٥٩
﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ ﴾	٣٢	٦٧٦
﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ﴾	٤٨	٨٩٩
النمل		
﴿ لَأُعَذِّبَنَّهُۥ عَذَابٗا شَدِيدًا أَوۡ لَأَاْذۡبَحَنَّهُۥٓ ﴾	٢١	١٢٢
﴿ وَإِذَا وَقَعَ ٱلۡقَوۡلُ عَلَيۡهِمۡ أَخۡرَجۡنَا لَهُمۡ دَآبَّةٗ مِّنَ ٱلۡأَرۡضِ تُكَلِّمُهُمۡ ﴾	٨٢	١٦٥
الأحزاب		
﴿ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيۡدٞ مِّنۡهَا وَطَرٗا زَوَّجۡنَٰكَهَا ﴾	٣٧	١٠٤

﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱجْتَنِبُوا۟ كَثِيرًا مِّنَ ٱلظَّنِّ ﴾	١٢	٣١٨
الحديد		
﴿ فَمَا رَعَوْهَا حَقَّ رِعَايَتِهَا ﴾	٢٧	٢٧٣
الحشر		
﴿ هُوَ ٱللَّهُ ٱلَّذِى لَآ إِلَـٰهَ إِلَّا هُوَ ... ﴾	٢٢	٩٦
الجمعة		
﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ ﴾	١٠	١٠٤
الطلاق		
﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾	١	٦٩١
﴿ وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾	٢	٨٥٢
﴿ وَٱلَّـٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ ﴾	٤	٦٧٦
القلم		
﴿ إِنَّا بَلَوْنَـٰهُمْ كَمَا بَلَوْنَآ أَصْحَـٰبَ ٱلْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا۟ لَيَصْرِمُنَّهَا ﴾	١٧-١٩	٨٠٨
الجن		
﴿ وَأَنَّا لَا نَدْرِىٓ أَشَرٌّ أُرِيدَ بِمَن فِى ٱلْأَرْضِ ﴾	١٠	٤٤٢
البينة		
﴿ وَمَآ أُمِرُوٓا۟ إِلَّا لِيَعْبُدُوا۟ ٱللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ ﴾	٥	٣٣٨

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الآثار

فهرس المصطلحات العلمية والكلمات الغريبة

فهرس الأعلام المترجم لهم

فهرس المصادر والمراجع [١]

١- **ابن حنبل حياته وعصره آراؤه وفقهه**، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي القاهرة، ط: ١٤١٨هـ.

٢- **الإبهاج في شرح المنهاج**، علي بن عبد الكافي السبكي (٧٥٦ هـ)، وابنه عبد الوهاب بن علي السبكي (٧٧١ هـ)، دار الكتب العلمية، ط:١/ ١٤٠٤هـ.

٣- **الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي**، إبراهيم بن محمد الفايز، المكتب الإسلامي بيروت، ط: ٢/١٤٠٣.

٤- **الاجتهاد بين النص والمصلحة والواقع**، د. أحمد الريسوني، دار الفكر دمشق، ط: ١/١٤٢٢هـ.

٥- **الاجتهاد في الفقه الإسلامي ضوابطه ومستقبله**، د. عبد السلام السليماني، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب، ط:١/١٤١٧هـ.

٦- **الإجماع**، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر (٣١٨هـ)، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم، دار الدعوة مصر، ط: ٣/ ١٤٠٢هـ.

(١) الرقم بين القوسين هو تاريخ وفاة المؤلف، ويلاحظ أني لم أذكر المجلات والدوريات والصحف ضمن المصادر؛ اكتفاء بذكر أعدادها حين التوثيق منها، و لم أر لذكرها هنا فائدة .

٧- **الإحاطة في أخبار غرناطة**، لسان الدين محمد بن عبد الله بن الخطيب (٧٧٦هـ)، تحقيق: محمد عبد الله عدنان، مكتبة الخانجي القاهرة، ط: ٤/١٤٢١هـ.

٨- **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، محمد بن علي القشيري المعروف بابن دقيق العيد (٧٠٢ هـ)، دار الكتب العلمية.

٩- **أحكام الأحوال الشخصية**، عبد الوهاب خلاف، دار القلم الكويت، ط: ٢/١٤١٠هـ.

١٠-**أحكام الزواج في ضوء القرآن والسنة**، د. عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، ط: ٢/١٤١٨هـ.

١١-**الأحكام السلطانية والولايات الدينية**، أبو الحسن علي بن حبيب الماوردي (٤٥٠هـ)، تحقيق: خالد عبد اللطيف السبع العلمي، دار الكتاب العربي بيروت.

١٢-**إحكام الفصول في أحكام الأصول**، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (٤٧٤هـ)، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي بيروت، ط: ١/ ١٤٠٧هـ.

١٣-**أحكام القرآن**، أبو بكر أحمد بن علي الجصاص (٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، ط: ١٤٠٥هـ.

١٤-**أحكام القرآن**، أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي (٥٤٣هـ)، مراجعة: محمد عبد القادر عطا، دار الفكر بيروت.

١٥-**الإحكام في أصول الأحكام**، علي بن محمد الآمدي (٦٣١هـ)، تحقيق: د. سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، ط: ١/١٤٠٤هـ.

١٦-**الإحكام في أصول الأحكام**، علي بن أحمد بن حزم (٤٥٦هـ)، دار الحديث القاهرة، ط: ١/١٤٠٤هـ.

١٧-**الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (٦٨٤هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ط: ٢/١٤١٦هـ.

١٨-**الأحوال الشخصية**، محمد أبو زهرة، دار الفكر.

١٩-**أخبار القضاة**، وكيع محمد بن خلف بن حيان (٣٠٦هـ)، عالم الكتب، ط: ١/١٤٢٢هـ.

٢٠- **اختلاف الأئمة العلماء**، يحيى بن محمد بن هبيرة (٥٦٠هـ)، تحقيق: سيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، ط: ١/ ١٤٢٣هـ.

٢١-**أدب القاضي**، أحمد بن أحمد الطبري المشهور بابن القاص (٣٣٥هـ)، تحقيق: د. حسين الجبوري، مكتبة الصديق الطائف، ط: ١/١٤٠٩هـ.

٢٢-**أدب القاضي**، علي بن حبيب الماوردي (٤٥٠هـ)، تحقيق: محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد ببغداد، ط: ١٣٩١هـ.

٢٣-**أدب القضاء** المسمى (الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات)، إبراهيم بن عبد الله بن أبي الدم الحموي (٦٤٢هـ)، تحقيق: د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، ط: ٢/١٤٠٢هـ.

٢٤-**أدب المفتي والمستفتي**، عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوي المعروف بابن الصلاح (٦٤٣هـ)، تحقيق: د. موفق عبد الله، عالم الكتب، ط: ١٤٠٧/١هـ.

٢٥-**إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٥هـ) تحقيق: محمد البدري، دار الفكر، ط:١/ ١٤١١هـ.

٢٦-**إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، محمد ناصر الدِّين الألباني، المكتب الإسلامي بيروت، ط: ١٣٩٩/١هـ.

٢٧-**الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار**، يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي (٤٦٣هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية، ط: ١/٢٠٠٠م.

٢٨-**الاستقامة**، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (٧٢٨هـ)، تحقيق: د. محمد رشاد سالم، جامعة الإمام محمد بن سعود الرياض، ط: ١/ ١٤٠٣هـ.

٢٩-**الاستيعاب في معرفة الأصحاب**، ابن عبد البر (٤٦٣هـ)، تحقيق: علي البجاوي، دار الجيل، ط:١/ ١٤١٢هـ.

٣٠-**الإسعاف بالطلب اختصار شرح المنهج المنتخب**، أحمد بن علي المنجور (٩٧٥هـ)، اختصار: أبي القاسم التواتي، تحقيق: حمزة أبو فارس، وعبد المطلب قنباشة، دار الحكمة طرابلس ليبيا ١٩٩٧م.

٣١-**الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم (٩٧٠هـ)، مطبوع مع شرحه:

غمز عيون البصائر، لأحمد بن محمد الحموي، دار القرآن والعلوم الإسلامية باكستان.

٣٢-**الأشباه والنظائر**، تاج الدِّين السبكي (٧٧١ هـ)، تحقيق: عادل عبد الموجود، وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، ط: ١/١٤١١هـ.

٣٣-**الإصابة في تمييز الصحابة**، أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل بيروت، ط: ١/١٤١٢هـ.

٣٤-**أصول البزدوي** المسمى، (كنز الوصول إلى معرفة الأصول)، علي بن محمد البزدوي (٣٨٢هـ)، مركز العلوم والآداب بكراتشي.

٣٥-**أصول الحديث علومه ومصطلحه**، محمد عجاج الخطيب، دار الفكر، ط: ٢/١٣٩١هـ.

٣٦-**أصول السّرخسي**، أبو بكر محمد بن أحمد السّرخسي (٤٩٠هـ)، حقّق أصوله: أبو الوفاء الأفغاني، دار الكتب العلمية بيروت، ط:١/١٤١٤هـ.

٣٧-**أصول الفتوى وتطبيق الأحكام الشرعية في بلاد غير المسلمين**، د.علي بن عباس الحكمي، مؤسسة الريان بيروت، ط:١/١٤٢٠هـ

٣٨-**أصول الفقه**، محمد أبو زهرة، دار الثقافة العربية.

٣٩-**أصول الكرخي**، عبيد الله بن الحسين بن دلال الكرخي (٣٤٠هـ)، ملحق بأصول علي بن محمد البزدوي (٣٨٢هـ)، مركز العلوم والآداب بكراتشي.

٤٠-**أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن**، محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي (١٣٩٣هـ)، دار الفكر ١٤١٥هـ.

٤١- **اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات**، عبد الرحمن بن معمر السنوسي، دار ابن الجوزي، ط: ١٤٢٤/١هـ.

٤٢-**الاعتصام**، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي (٧٩٠هـ)، المكتبة التجارية الكبرى مصر.

٤٣-**إعلاء السنن**، مولانا ظفر أحمد التهانوي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية باكستان.

٤٤-**إعلام الموقعين عن رب العالمين**، محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (٧٥١هـ) تحقيق: طه عبد الرؤوف، دار الجيل ١٩٧٣م.

٤٥-**الإعلام بنوازل الحكام**، عيسى بن سهل الجياني (٤٨٦هـ)، تحقيق: نورة محمد عبد العزيز التويجري ط: ١٤١٥/١هـ.

٤٦-**الأعلام**، خير الدين الزركلي (١٣٩٦هـ)، دار العلم للملايين، ط:٢٠٠٢/١٥م.

٤٧-**إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان**، ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عفيفي، المكتب الإسلامي، ط: ١٤٠٦/١هـ.

٤٨-**إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان**، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، ط:١٣٩٥/٢هـ.

٤٩-**إكمال إكمال المعلم شرح صحيح مسلم**، أبو عبد الله محمد بن خلفة الأبي (٨٢٧هـ)، دار الكتب العلمية.

٥٠-**الأم**، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤هـ)، دار المعرفة بيروت، ط: ١٣٩٣/٥هـ.

٥١-**الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف**، أحمد بن عبد الرحيم ولي الله الدهلوي (١١٧٦هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، دار النفائس، ط:١٤٠٦/٣هـ.

٥٢-**الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، علي بن سليمان المرداوي (٨٨٥هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي.

٥٣-**أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك**، عبد الله بن يوسف بن هشام الأنصاري (٧٦١هـ) تحقيق: محمد محيي الدين، دار الجيل ط: ١٣٩٩/٥هـ.

٥٤-**أوليات الفاروق السياسية**، د. غالب عبد الكافي القرشي، المكتب الإسلامي بيروت، ط: ١٤٠٣/١هـ.

٥٥-**إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك**، أحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي (٩١٤هـ)، تحقيق: أحمد الخطابي، نشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب ١٤٠٥هـ.

٥٦-**الإيضاح لقوانين الاصطلاح**، عبد الرحمن بن الجوزي (٥٩٧هـ)، تحقيق: د. فهد بن محمد السدحان، مكتبة العبيكان الرياض.

٥٧-**أين الخطأ تصحيح مفاهيم ونظرة تجديد**، عبد الله العلايلي، دار الجديد بيروت، ط: ١٩٩٢/٢م.

٥٨-**البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم (٩٧٠هـ)، دار المعرفة بيروت.

٥٩-**البحر المحيط في أصول الفقه**، محمد بن عبد الله الزركشي (٧٩٤هـ) دار الصفوة مصر، ط:١٤١٣/٢هـ.

٦٠-**بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي**، عبد الواحد إسماعيل الروياني (٥٠٢هـ)، تحقيق: أحمد عزو الدمشقي، دار إحياء التراث بيروت، ط:١٤٢٣/١هـ.

٦١-**بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. محمد بن أحمد بن رشد (٥٩٥هـ)، دار الفكر بيروت.

٦٢-**البداية والنهاية**، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير (٧٧٤هـ)، مكتبة المعارف بيروت.

٦٣-**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، علاء الدين الكاساني (٥٨٧هـ)، دار الكتاب العربي بيروت، ط: ١٤٠٢/٢هـ.

٦٤-**بدائع الفوائد**، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، تحقيق: سيد عمران، وعامر صلاح، طبعة دار الحديث القاهرة ١٤٢٣هـ.

٦٥-**البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع**، محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٥هـ)، دار الكتاب الإسلامي مصر.

٦٦-**البرهان في أصول الفقه**، عبد الملك بن عبد الله الجويني (٤٧٨هـ)، تحقيق: د. عبد العظيم الديب، مطبعة الوفاء مصر، ط:٤/١٤١٨هـ.

٦٧-**البهجة في شرح التحفة**، علي بن عبد السلام التسولي (١٢٥٨هـ)، دار الكتب العلمية، ط: ١/١٤١٨هـ.

٦٨-**بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب**، محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني (٧٤٩هـ)، تحقيق: د. محمد بقا، جامعة أم القرى، ط:١/١٤٠٦هـ.

٦٩-**البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل**، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (٥٢٠ هـ)، دار الغرب الإسلامي، ط: ١٤٠٤هـ.

٧٠-**تاج التراجم فيمن صنف من الحنفية**، قاسم بن قطلوبغا (٨٧٩)، تحقيق: إبراهيم صالح، دار المأمون للتراث دمشق، ط: ١/١٤١٢هـ.

٧١-**التاج والإكليل لمختصر خليل**، مطبوع بهامش (مواهب الجليل للحطاب)، محمد بن يوسف العبدري المعروف بالمواق (٩٩٧هـ)، دار الفكر بيروت، ط: ٢/١٣٩٨هـ.

٧٢-**تاريخ التشريع الإسلامي**، محمد الخضري بك، دار الفكر، ط:٨/١٣٨٧هـ.

٧٣-**تاريخ بغداد**، الخطيب البغدادي (٤٦٣هـ)، دار الكتب العلمية.

٧٤-**تاريخ قضاة الأندلس**، (المرقبة اعليا فيمن يستحق القضاء والفتيا)، أبو الحسن علي بن عبد الله النباهي (٧٩٣هـ)، المكتب التجاري لبنان.

٧٥-**تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، إبراهيم بن علي بن فرحون (٧٩٩هـ)، دار عالم الكتب الرياض، ط: ١٤٢٣هـ.

٧٦-**تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، عثمان بن علي الزيلعي (٧٤٣هـ)، نسخة مصورة عن طبعة بولاق سنة ١٣١٣هـ، دار المعرفة.

٧٧-**تحصيل نظائر القرآن الكريم**، للحكيم الترمذي (٣٢٠هـ)، تحقيق: حسني نصر زيدان، مطبعة السعادة القاهرة، ط:١/ ١٩٦٩.

٧٨-**تحفة الحكام**، أبو بكر محمد بن عاصم الأندلسي (٨٢٩هـ) مع شرحها: إحكام الأحكام لمحمد بن يوسف الكافي، دار الكتب العلمية.

٧٩-**التحقيقات والأدلة الجنائية**، إبراهيم غازي، مطبعة الحياة دمشق.

٨٠-**تخريج الفروع على الأصول**، محمود بن أحمد الزنجاني (٦٥٦هـ)، تحقيق: د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة ، ط:١/ ١٤٠٧هـ.

٨١-**التخريج عند الفقهاء والأصوليين**، د. عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد بالرياض ط: ١٤١٤هـ.

٨٢-**تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي**، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (٩١١هـ)، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، مكتبة الرياض الحديثة.

٨٣-**تذكرة الحفاظ**، (طبقات الحفاظ) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي (٧٤٨هـ) من منشورات دائرة المعارف العثمانية، ودار إحياء التراث العربي.

٨٤-**ترتيب اللآلي في سلك الأمالي**، محمد بن سليمان ناظر زاده (١٠٦١هـ) تحقيق: خالد آل سليمان، مكتبة الرشد الرياض، ط: ١/١٤٢٥هـ.

٨٥-**ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك**، عياض بن موسى بن عياض اليحصبي (٥٤٤هـ)، تحقيق: سعيد أعراب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب، ط: ١٤٠٢هـ.

٨٦-**التشريع الجنائي في الإسلام**، د. عبد القادر عوده، مؤسسة الرسالة ١٤٠١هـ.

٨٧-**تشنيف المسامع بجمع الجوامع**، محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (٧٩٤هـ)، مكتبة قرطبة القاهرة، ط: ١/١٤١٩هـ.

٨٨-**التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية**، د. عبد اللطيف البرزنجي، دار الكتب العلمية، ط:١/١٤١٣ هـ.

٨٩-**التعريفات**، علي بن محمد الشريف الجرجاني (٨١٦هـ)، تحقيق: إبراهيم أبواري، دار الكتاب العربي بيروت، ط: ١/١٤٠٥هـ.

٩٠-**تعليل الأحكام**، د. محمد مصطفى شلبي، دار النهضة للطباعة والنشر بيروت، ١٤٠١هـ.

٩١-**تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية**، د. إسماعيل كوكسال، مؤسسة الرسالة بيروت، ط: ١/١٤٢١هـ.

٩٢-**تفسير الرازي** (مفاتيح الغيب)، محمد بن عمر الرازي (٦٠٦هـ)، دار الكتب العلمية بيروت، ط: ١/١٤٢١هـ.

٩٣-**تفسير السعدي** (تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان)، عبد الرحمن بن ناصر السعدي (١٣٧٦هـ)، مؤسسة الرسالة، ١٤٢١هـ.

٩٤-**تفسير الطبري** (جامع البيان عن تأويل آي القرآن)، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري (٣١٠هـ)، دار الفكر ١٤٠٥هـ.

٩٥-**تفسير القرآن العظيم**، إسماعيل بن عمر بن كثير (٧٧٤هـ)، دار الفكر ١٤٠١هـ.

٩٦-**تفسير المنار** (تفسير القرآن الكريم)، محمد رشيد رضا (١٣٥٤هـ)، دار المعرفة، ط: ٢.

٩٧-**تقريب الوصول إلى علم الأصول**، محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي (٧٤١هـ)، تحقيق: د. محمد المختار بن محمد الأمين الشنقيطي، ط: ١٤٢٣/٢.

٩٨-**تقرير القواعد وتحرير الفوائد**، عبد الرحمن بن رجب (٧٩٥هـ)، تحقيق: مشهور آل سلمان، دار القلم الدمام، ط: ١٤٢٤/١هـ.

٩٩-**التقرير والتحرير شرح التحرير لابن الهمام**، محمد بن محمد المعروف بابن أمير الحاج (٨٧٩هـ)، دار الفكر، ط: ١٤١٧/١هـ.

١٠٠-**تقنين الفقه الإسلامي المبدأ والمنهج والتطبيق**، د. محمد زكي عبد البر، دار إحياء التراث الإسلامي قطر، ط: ١٤٠٧/٢هـ.

١٠١-**التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية**، د. محمد عثمان شبير، دار القلم دمشق، ط: ١٤٢٥/١هـ.

١٠٢-**تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير**، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، تصحيح: عبد الله هاشم اليماني، مطبعة المدينة المنورة ١٣٨٤ هـ.

١٠٣-**التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، يوسف بن عبد الله بن عبد البر (٤٦٣هـ)، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، و محمد عبد الكبير البكري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب ١٣٨٧هـ.

١٠٤-**التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية**، محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر دمشق ١٤٠٢هـ.

١٠٥-**التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية**، د. سعود بن سعد آل دريب، جامعة الإمام محمد بن سعود الرياض ١٤١٩هـ.

١٠٦-**تهذيب اللغة**، محمد بن أحمد الأزهري (٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي بيروت، ط: ١/١ ٢٠٠م.

١٠٧-**توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية**، د. عبد الله بن محمد آل خنين، ط: ١/١٤٢٣هـ.

١٠٨-**التيسير في القراءات السبع**، عثمان بن سعيد الداني (٤٤٤هـ)، تحقيق: أوتو تريزل، دار الكتاب العربي بيروت، ط: ٢/١٤٠٤هـ.

١٠٩-**الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية**، د. عابد بن محمد السفياني، مكتبة المنارة مكة المكرمة، ط:١/١٤٠٨هـ.

١١٠- **جامع العلوم والحكم**، عبد الرحمن بن رجب الحنبلي (٧٩٥هـ)، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، دار ابن الجوزي الدمام، ط:١/١٤١٥هـ.

١١١- **جامع الفصولين**، محمود بن إسرائيل ابن قاضي سماوة (٨١٨هـ)، المطبعة الأزهرية القاهرة، ط: ١/١٣٠٠هـ.

١١٢- **جامع بيان العلم وفضله**، يوسف بن عبد الله بن عبد البر (٤٦٣هـ) تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، ط: دار ابن الجوزي الدمام، ط:١/١٤١٤هـ.

١١٣- **الجامع لأحكام القرآن**، محمد بن أحمد القرطبي (٦٧١هـ)، دار الشعب القاهرة.

١١٤- **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي**، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي مصر.

١١٥- **جزيل المواهب في اختلاف المذاهب**، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (٩١١هـ)، تحقيق: إبراهيم باحسن عبد المجيد، المكتب الإسلامي بيروت، ط: ١/١٤١٢هـ.

١١٦- **الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة**، حسن المشاط (١٣٩٩هـ) تحقيق: د. عبد الوهاب أبو سليمان، دار الغرب، ط: ٢/١٤١١هـ.

١١٧- **الجواهر المضية في طبقات الحنفية**، محيي الدين القرشي (٧٧٥هـ) تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر مصر، ط: ٢/١٤١٣هـ.

١١٨- **حاشية ابن عابدين المسماة (د المختار على الدر المختار)**، محمد أمين المعروف بابن عابدين (١٢٥٢هـ)، ط:٢/١٩٧٩م، مصورة عن طبعة الحلبي بمصر ١٩٦٦م.

١١٩- **حاشية البنّاني على شرح المحلي على متن جمع الجوامع**، عبد الرّحمن بن جاد الله البناني (١١٩٨هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط: ٢/١٣٥٦هـ.

١٢٠- **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي (١٢٣٠هـ)، دار الفكر.

١٢١- **حاشية الرملي على أسنى المطالب**، شهاب الدين الرملي (٩٥٧هـ)، مطبوع بهامش أسنى المطالب، تحقيق: محمد تامر، دار الكتب العلمية، ط: ١/١٤٢٢هـ.

١٢٢- **حجية القرائن في الشريعة الإسلامية**، عدنان حسن عزايزة، دار عمار الأردن، ط:١/١٩٩٠م.

١٢٣- **الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده**، د. فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة بيروت، ط: ٢/١٣٩٧هـ.

١٢٤- **حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية**، د. إبراهيم بن عبد الهادي النجار، ط: ١٤٠٥ هـ.

١٢٥- **خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر**، محمد أمين بن فضل الله المحبي (١١١٠هـ)، دار صادر.

١٢٦- **الدر المنثور في التفسير بالمأثور**، جلال الدين السيوطي (٩١١هـ) تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية القاهرة ط: ١٤٢٢/١هـ.

١٢٧- **درء تعارض العقل والنقل**، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (٧٢٨هـ) تحقيق: عبد اللطيف بن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية ١٤١٧هـ.

١٢٨- **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، علي حيدر أفندي (١٣٥٣هـ)، عالم الكتب الرياض ١٤٢٣هـ.

١٢٩- **الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة**، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، تحقيق: محمد عبد المعيد، مجلس دائرة المعارف العثمانية الهند، ط: ١٣٩٢/٢هـ.

١٣٠- **دلائل النبوة**، أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني (٤٣٠هـ)، تحقيق: عبد البر عباس، ومحمد قلعه جي، المكتبة العربية حلب، ط:١/١٩٧٠م.

١٣١- **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون (٧٩٩هـ)، دار الكتب العلمية.

١٣٢- **ديوان جرير**، جرير بن عطية الخطفي التميمي (١١٤هـ)، دار بيروت للطباعة والنشر ١٤٠٦ هـ.

١٣٣- **الذخيرة**، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط: ١/١٩٩٤م.

١٣٤- **ذيل طبقات الحنابلة**، عبد الرحمن بن رجب الحنبلي (٧٩٥هـ)، دار المعرفة بيروت.

١٣٥- **الرسالة القشيرية**، عبد الكريم بن هوازن القشيري (٤٦٥هـ)، تحقيق: عبد الحليم محمود ومحمود بن الشريف، دار المعارف القاهرة.

١٣٦- **الرسالة**، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ط: ١٣٥٨هـ.

١٣٧- **رفع الحرج في الشريعة الإسلامية**، د. صالح بن عبد الله بن حميد، مكتبة العبيكان، ط: ١/١٤٢٤هـ.

١٣٨- **رفع الحرج في الشريعة الإسلامية**، د. عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد الرياض، ط: ٤/١٤٢٢هـ.

١٣٩- **رفع الملام عن الأئمة الأعلام**، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (٧٢٨هـ)، تحقيق: صلاح الدين بن علي، دار ابن رجب مصر، ط: ١/١٤٢٤هـ.

١٤٠- **الروض المربع شرح زاد المستقنع**، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (١٠٥١هـ) مكتبة الرياض الحديثة ١٣٩٠هـ.

١٤١- **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ)، المكتب الإسلامي بيروت، ط: ٢/١٤٠٥هـ.

١٤٢- **روضة القضاة وطريق النجاة**، علي بن محمد السمناني (٤٩٩هـ)، تحقيق: د. صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة.

١٤٣- **روضة الناظر وجنة المناظر**، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الرياض، ط: ٢/ ١٣٩٩هـ.

١٤٤- **زاد المعاد في هدي خير العباد**، ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط:١٤/١٤٠٧هـ.

١٤٥- **سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، محمد بن إسماعيل الصنعاني (١١٨٢هـ)، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط:٤/١٣٧٩هـ.

١٤٦- **سد الذرائع في الشريعة الإسلامية**، د. محمد هشام البرهاني، ط:١/ ١٤٠٦هـ.

١٤٧- **سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها**، محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف الرياض ١٤١٥هـ.

١٤٨- **سلسلة الأحاديث الضعيفة وأثرها السيئ على الأمة**، محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف الرياض، ط: ٥/١٤١٢هـ.

١٤٩- **السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي**، د.محمد عبد الرحمن البكر، مطابع الزهراء القاهرة، ط: ١/١٤٠٨هـ.

١٥٠- **سنن ابن ماجه**، محمد بن يزيد بن ماجه القزويني (٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر بيروت.

١٥١- **سنن أبي داود**، سليمان بن الأشعث السجستاني (٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر.

١٥٢- **سنن البيهقي الكبرى**، أحمد بن الحسين البيهقي (٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة الباز، مكة المكرمة ١٤١٤هـ.

١٥٣- **سنن الترمذي** (الجامع الصحيح)، محمد بن عيسى الترمذي (٢٧٩هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرين، دار إحياء التراث العربي.

١٥٤- **سنن الدارقطني**، أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني (٣٨٥هـ)، تحقيق: عبد الله هاشم يماني، دار المعرفة بيروت ١٣٨٦هـ.

١٥٥- **سنن الدارمي**، عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي (٢٥٥هـ)، تحقيق: فواز أحمد العلمي، دار الكتاب العربي بيروت، ط:١/ ١٤٠٧هـ.

١٥٦- **السنن الصغرى** (المجتبى من السنن)، أحمد بن شعيب بن علي النسائي (٣٠٣هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية حلب، ط:٢/١٤٠٦هـ.

١٥٧- **السنن الكبرى**، أحمد بن شعيب بن علي النسائي (٣٠٣هـ)، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري وسيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، ط:١/ ١٩٩١م.

١٥٨- **سنن سعيد بن منصور**، سعيد بن منصور الخراساني (٢٢٧هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية الهند، ط:١/١٤٠٣هـ.

١٥٩- **السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية**، د. عبد الفتاح عمرو، دار النفائس عَمان، ط: ١/١٤١٨هـ.

١٦٠- **السياسة القضائية في عهد عمر بن الخطاب وصلتها بواقعنا المعاصر**، د. محمد رضا عبد الرحمن الأغبش، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الرياض ١٤١٦هـ.

١٦١- **سير أعلام النبلاء**، محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (٧٤٨هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة بيروت، ط: ٩/١٤١٣هـ.

١٦٢- **السيرة النبوية الصحيحة**، د. أكرم ضياء العمري، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط: ٦/١٤١٥هـ.

١٦٣- **السيرة النبوية**، عبد الملك بن هشام الحميري (٢١٣هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل بيروت، ط: ١/١٤١١هـ.

١٦٤- **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار**، محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٥هـ) تحقيق: محمود إبراهيم، دار الكتب العلمية، ط: ١/١٤٠٥هـ.

١٦٥- **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، محمد مخلوف (١٣٦٠هـ)، المطبعة السلفية القاهرة ١٣٤٩هـ.

١٦٦- **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، ابن العماد الحنبلي (١٠٨٩هـ) تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، دار بن كثير دمشق، ط:١/١٤٠٦هـ.

١٦٧- **شرح أدب القاضي للخصاف**، حسام الدين عمر بن مازه البخاري الشهير بالصدر الشهيد (٥٣٦هـ)، تحقيق: محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، ط: ١/١٣٩٧هـ.

١٦٨- **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك**، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (١١٢٢هـ)، دار الكتب العلمية، ط: ١/١٤١١هـ.

١٦٩- **شرح القواعد الفقهية**، أحمد بن محمد الزرقا، دار القلم دمشق، ط: ٢/١٤٠٢هـ.

١٧٠- **الشرح الكبير**، أبو البركات أحمد الدردير (١٢٠١هـ)، مطبوع مع حاشية الدسوقي عليه، دار الفكر.

١٧١- **شرح الكوكب المنير**، محمد بن أحمد الفتوحي المعروف بابن النجار (٩٧٢هـ)، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد. مكتبة العبيكان الرياض ١٤١٣ هـ.

١٧٢- **شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول**، أحمد بن إدريس القرافي (٦٨٤هـ)، تحقيق: محمد الشاغول، المكتبة الأزهرية للتراث القاهرة، ط:١/٢٠٠٥م.

١٧٣- **شرح حدود ابن عرفة المسمى بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية**، أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع (٨٩٤هـ)، تحقيق: محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب، ط: ١/١٩٩٣م.

١٧٤- **شرح صحيح مسلم**، يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ)، دار إحياء التراث العربي بيروت، ط: ٢/ ١٣٩٢هـ.

١٧٥- **شرح عقود رسم المفتي**، محمد أمين ابن عابدين (١٢٥٢هـ)، مطبوع ضمن مجموع رسائل ابن عابدين.

١٧٦- **شرح قانون الأحوال الشخصية**، علاء الدين خروبة، مطبعة العاني بغداد ١٣٨١هـ.

١٧٧- **شرح مجلة الأحكام العدلية**، محمد خالد الأتاسي (١٣٢٦هـ)، المكتبة الحبيبية باكستان.

١٧٨- **شرح مختصر الروضة**، سليمان بن عبد القوي الطوفي (٧١٦هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد الرياض، ط: ١٤١٩/٢هـ.

١٧٩- **شرح مشكل الآثار**، أحمد بن محمد الطحاوي (٣٢١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة بيروت، ط: ١/ ١٤٠٨هـ.

١٨٠- **شرح معاني الآثار**، أحمد بن محمد الطحاوي (٣٢١هـ)، تحقيق: محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، ط: ١٣٩٩/١هـ.

١٨١- **شرح منتهى الإرادات** المسمى: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، منصور بن يونس البهوتي (١٠٥١هـ)، عالم الكتب، ط ١٩٩٦/٢م.

١٨٢- **شرع عماد الرضا ببيان أدب القضا**، عبد الرؤوف المناوي (١٠٣٥هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بكير، الدار السعودية جدة، ط: ١٤٠٥/١هـ.

١٨٣- **صبح الأعشى في صناعة الإنشا**، أحمد القلقشندي (٨٢١هـ)، تحقيق: عبد القادر زكار، وزارة الثقافة دمشق ١٩٨١م.

١٨٤- **الصحاح** (تاج اللّغة وصحاح العربية)، إسماعيل الجوهري (٣٩٣هـ)، دار العلم للملايين بيروت، ط: ١٣٩٩/٢هـ.

١٨٥- **صحيح ابن حبان**، محمد بن حبان بن أحمد البستي (٣٥٤هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط: ١٤١٤/٢هـ

١٨٦- **صحيح البخاري**، محمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦هـ)، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير بيروت، ط: ٣/ ١٤٠٧هـ.

١٨٧- **صحيح مسلم**، مسلم بن الحجاج القشيري (٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي بيروت.

١٨٨- **صفة الصفوة**، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن الجوزي (٥٩٧هـ)، تحقيق: د. محمد رواس قلعه جي ومحمود فاخوري، دار المعرفة، ط:١٣٩٩/٢هـ.

١٨٩- **صنوان القضاء وعنوان الإفتاء**، محمد بن محمد الإشفورقاني الحنفي (٦٤٦هـ)، تحقيق: مجاهد الإسلام القاسمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، ١٤٢٢هـ.

١٩٠- **الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة**، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، تحقيق: د. علي بن محمد الدخيل الله، دار العاصمة الرياض، ط: ١٤١٨/٣هـ.

١٩١- **الضروري في أصول الفقه**، محمد بن أحمد بن رشد (٥٩٥هـ)، تحقيق: جمال الدين العلوي، دار الغرب الإسلامي، ط:١/١٩٩٤م.

١٩٢- **ضوابط المصلحة**، د. محمد سعيد رمضان البوطي، المكتبة الأموية دمشق، ط: ١/١٣٨٦هـ.

١٩٣- **ضوابط المعرفة**، عبد الرحمن الميداني، دار المعرفة، ط:١/١٣٩٥هـ.

١٩٤- **طبقات الحفاظ**، جلال الدين السيوطي (٩١١هـ)، دار الكتب العلمية، ط: ١/ ١٤٠٣هـ.

١٩٥- **طبقات الشافعية الكبرى**، تاج الدِّين السبكي (٧٧١هـ)، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي، و د. عبد الفتاح الحلوط، دار هجر، ط:٢/١٤١٣هـ.

١٩٦- **طبقات الشافعية**، أحمد بن محمد بن قاضي شهبة (٨٥١هـ)، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، ط: ١/١٤٠٧هـ.

١٩٧- **طبقات الصوفية**، محمد بن الحسين الأزدي (٤١٢هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط: ١/١٤١٩هـ.

١٩٨- **الطبقات الكبرى**، محمد بن سعد البصري (٢٣٠هـ)، دار صادر.

١٩٩- **طرائق الحكم المتفق عليها في الشريعة الإسلامية**، د. سعيد بن درويش الزهراني، مكتبة الصحابة جدة، ط/١/١٤١٤هـ.

٢٠٠- **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية.

٢٠١- **ظفر اللاظي بما يجب في القضاء على القاضي**، محمد صديق حسن القنوجي (١٣٠٧هـ)، تحقيق: د. صلاح الدين المنجد، دار ابن حزم بيروت، ط: ١/١٤٢٢هـ.

٢٠٢- **عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق**، أحمد ابن يحيى الونشريسي (٩١٤هـ)، تحقيق: عزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي، ط: ١/١٤١١هـ.

٢٠٣- **العرف والعمل في المذهب المالكي**، عمر عبد الكريم الجيدي، إحياء التراث الإسلامي ١٤٠٤هـ.

٢٠٤- **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**، جلال الدين عبد الله ابن نجم بن شاس (٦١٦هـ)، دار الغرب الإسلامي، ط:١/١٤٢٣هـ.

٢٠٥- **العقد المنظوم في الخصوص والعموم**، شهاب الدين القرافي (٦٨٤هـ)، تحقيق: عمر علوي، وزارة الأوقاف ... المغرب ١٤١٨هـ.

٢٠٦- **عوارض الأهلية عند الأصوليين**، د. حسين خلف الجبوري، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى مكة المكرمة، ط: ١/١٤٠٨هـ.

٢٠٧- **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر**، أحمد بن محمد الحموي (١٠٩٨هـ)، دار القرآن والعلوم الإسلامية باكستان.

٢٠٨- **الغياثي** (غياث الأمم في التياث الظلم)، عبد الملك بن عبد الله الجويني (٤٧٨هـ)، تحقيق: عبد العظيم الديب، ط: ٢/١٤٠١هـ.

٢٠٩- **فتاوى البرزلي** (جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام)، أبو القاسم بن أحمد البلوي المعروف بالبرزلي (٨٤١هـ)، تحقيق: د. محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، ط: ١/٢٠٠٢م.

٢١٠- **الفتاوى الخيرية لنفع البرية**، خير الدين بن أحمد الرملي (١٠٨١هـ)، ط:٢/١٩٧٤هـ مصورة عن طبعة بولاق١٣٠٠هـ دار المعرفة بيروت.

٢١١- **فتاوى السبكي**، علي بن عبد الكافي السبكي (٧٥٦ هـ)، مكتبة القدس القاهرة ١٣٥٥هـ.

٢١٢- **الفتاوى الكبرى الفقهية**، أحمد بن حجر الهيتمي (٩٧٤هـ)، دار الكتب العلمية ١٩٨٣م.

٢١٣- **الفتاوى الكبرى**، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (٧٢٨هـ)، دار المعرفة، ط: ١/١٣٨٦هـ.

٢١٤- **الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة**، تأليف: الشيخ نظام الدين البلخي وجماعة من علماء الهند، دار الفكر بيروت ١٤١١هـ.

٢١٥- **فتاوى محمد رشيد رضا** (١٣٥٤هـ)، جمع: د. صلاح الدين منجد، ويوسف خوري، دار الكتاب الجديد بيروت.

٢١٦- **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ)، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة.

٢١٧- **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك**، أبو عبد الله محمد بن أحمد عليش (١٢٩٩هـ)، دارا لمعرفة.

٢١٨- **فتح القدير للعاجز الفقير**، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام السيواسي (٨٦١هـ)، دار الفكر.

٢١٩- **فتح المغيث شرح ألفية الحديث**، شمس الدين السخاوي (٩٠٢هـ)، دار الكتب العلمية ط: ١/١٤٠٣هـ.

٢٢٠- **الفرق بين الفِرق**، عبد القاهر بن طاهر البغدادي (٤٢٩هـ)، دار الآفاق الجديدة بيروت، ط: ٢/١٩٧٧م.

٢٢١- **الفروع**، محمد بن مفلح المقدسي (٧٦٢هـ)، تحقيق: حازم القاضي، دار الكتب العلمية بيروت، ط: ١/١٤١٨هـ.

٢٢٢- **الفروق**، أحمد بن إدريس القرافي (٦٨٤هـ)، تحقيق: عمر حسن القيام، مؤسسة الرسالة بيروت، ط: ١/١٤٢٤هـ.

٢٢٣- **الفقه الإسلامي وأدلته**، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر دمشق، ط: ٢/١٤٠٥هـ.

٢٢٤- **فقه النوازل**، بكر أبو زيد، مكتبة الرشد، ط:١/١٤٠٧هـ.

٢٢٥- **الفقيه والمتفقه**، أحمد بن علي الخطيب البغدادي (٤٦٢هـ)، تحقيق: عادل العزازي، مؤسسة الرسالة، ط: ٣/١٤١٨هـ.

٢٢٦- **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، محمد بن الحسن الحجوي (١٢٩١هـ)، المكتبة العلمية بالمدينة المنورة ١٣٩٧هـ.

٢٢٧- **فلسفة التشريع في الإسلام**، د. صبحي محمصاني، دار الكشاف، ط: ٢/١٣٧١هـ.

٢٢٨- **الفواكه البدرية في الأقضية الحكمية**، محمد بن محمد بن خليل المعروف بابن الغرس (٨٩٤هـ)، مطبعة النيل مصر.

٢٢٩- **الفوائد البهيَّة في تراجم الحنفية مع التعليقات السنية**، محمد بن عبد الحي اللّكنوي (١٣٠٤هـ)، تصحيح: محمد بدر الدِّين أبي فراس النعساني، نسخة مصورة عن طبعة مصر ١٣٢٤هـ دار المعرفة.

٢٣٠- **في ظلال القرآن**، سيد قطب، دار الشروق بيروت، ط:١٠/١٤٠٢هـ.

٢٣١- **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، زين الدين المناوي (١٠٠٣١هـ)، المكتبة التجارية الكبرى، ط: ١/١٣٥٦هـ.

٢٣٢- **قاعدة العادة محكمة**، د. عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، ط: ١/١٤٢٤هـ.

٢٣٣- **القاموس المحيط**، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي (٨١٧هـ)، مؤسسة الرسالة، ط: ٢/١٤٠٧هـ.

٢٣٤- **القضاء في عهد عمر بن الخطاب**، د. ناصر الطريقي، دار المدني جدة، ط:١/ ١٤٠٦هـ.

٢٣٥- **قضاة قرطبة وعلماء أفريقية**، محمد بن حارث بن أسد الخشني القيرواني (٣٦١هـ)، مكتبة الخانجي القاهرة، ط: ٢/ ١٤١٥هـ.

٢٣٦- **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (٦٦٠هـ)، دار الكتب العلمية.

٢٣٧- **القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها**، د. صالح بن غانم السدلان، دار بلنسية الرياض، ط: ١/١٤١٧هـ.

٢٣٨- **القواعد الفقهيــة**، علــي بــن أحمــد النــدوي، دار القلــم ط:٢/١٤١٢هـ.

٢٣٩- **القواعد الكلية والضوابط الفقهية**، د. محمد عثمان شبير، دار الفرقان الأردن، ط: ١/١٤٢٠هـ.

٢٤٠- **قواعد المقري**، محمد بن أحمد المقري (٧٥٨هـ) تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي بمكة.

٢٤١- **قواعد الوسائل**، د. مصطفى بن كرامة الله مخدوم، كنوز إشبيليا، ط: ١/١٤٢٠هـ.

٢٤٢- **القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير**، د. عبد لرحمن بن صالح العبد اللطيــف، الجامعــة الإســلامية بالمدينــة المنــورة، ط:١/١٤٢٣هـ.

٢٤٣- **القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير**، د. علي بن أحمد الندوي، مؤسسة المدني القاهرة، ط: ١/١٤١١هـ.

٢٤٤- **القوانين الفقهية**، محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي (٧٤١هـ)، عباس الباز، مكة المكرمة.

٢٤٥- **القول المفيد في حكم التقليد**، محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٥هـ) تحقيق: د. شعبان محمد إسماعيل، دار ابن حزم، ط: ١/١٤٢٥هـ.

٢٤٦- **الكافي في فقه أهل المدينة**، ابن عبد البر (٤٦٣هـ)، دار الكتب العلمية، ط: ١٤٠٧/١هـ.

٢٤٧- **كشاف اصطلاحات الفنون**، محمد بن علي بن محمد التهانوي، -كان حيا عام (١١٥٨هـ) -، تحقيق: د. علي دحروج، ترجمة: د.عبد الله الخالدي، مكتبة لبنان ط: ١٩٩٦/١م.

٢٤٨- **كشاف القناع عن متن الإقناع**، منصور البهوتي (١٠٥١هـ)، تحقيق: هلال مصيلحي، دار الفكر ١٤٠٢هـ.

٢٤٩- **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (٧٣٠هـ)، تحقيق: عبد الله محمود عمر، دار الكتب العلمية ١٤١٨هـ.

٢٥٠- **الكليات**، أبو البقاء أيوب بن موسى الكفوي (١٠٩٤هـ)، مؤسسة الرسالة بيروت، ط: ١٤١٩/٢هـ.

٢٥١- **لسان العرب**، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور (٧١١هـ)، دار صادر.

٢٥٢- **اللمع في أصول الفقه**، إبراهيم بن علي الشيرازي (٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، ط: ١٤٠٥/١هـ.

٢٥٣- **المبسوط**، شمس الدين السرخسي (٤٩٠هـ)، دار المعرفة.

٢٥٤- **المتون الفقهية وصلتها بتقنين الفقه**، د. محمد ظافر حمدي، ط:١٤٢١/٢هـ.

٢٥٥- **مجالس القضاة والحكام والتنبيه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام**، أبو عبد الله محمد بن عبد الله المكناسي (٧١٩هـ)، تحقيق: د. سالم الكثيري، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث دبي، ط: ١/١٤٢٣هـ.

٢٥٦- **مجامع الحقائق والقواعد وجوامع الروائق والفوائد**، أبو سعيد محمد بن مصطفى الخادمي (١١٧٦هـ)، ط: ١/ ١٣١٨هـ.

٢٥٧- **مجلة الأحكام العدلية**، جماعة من علماء الدولة العثمانية، مطبوعة مع شرحها درر الحكام (تقدم) .

٢٥٨- **مجموع الأوابد واقتناص الفوائد**، عبد الرحمن السعدي (١٣٧٦هـ)، دار ابن الجوزي الدمام، ط: ١/ ١٤١٨هـ.

٢٥٩- **المجموع شرح المهذب**، يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ)، مكتبة الإرشاد جدة.

٢٦٠- **مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية** (٧٢٨هـ)، جمع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي (١٣٩٢هـ)، دار الطباعة العربية، نسخة مصورة عن الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ.

٢٦١- **المحاماة في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين العربية**، د. مسلم محمد اليوسف، مؤسسة الريان بيروت، ط:١/ ١٤٢٢هـ.

٢٦٢- **المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، ابن عطية (٥٤٦هـ)، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي. دار الكتب العلمية، ط:١/١٤١٣هـ.

٢٦٣- **المحصول في علم الأصول**، أبو بكر بن العربي (٥٤٣هـ)، تحقيق: حسين اليدري وسعيد فودة، دار البيارق عَمان، ط: ١٤٢٠/١هـ.

٢٦٤- **المحصول في علم الأصول**، محمد بن عمر الرازي (٦٠٦هـ)، تحقيق: طه جابر العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض، ط: ١٤٠٠/١هـ.

٢٦٥- **المحكم والمحيط الأعظم**، علي بن إسماعيل بن سيده (٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، ط: ٢٠٠٠/١م،

٢٦٦- **المحلى بالآثار**، أبو محمد علي بن أحمد بن حزم (٤٥٦هـ)، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة بيروت.

٢٦٧- **مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين**، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتاب العربي بيروت، ط: ١٣٩٣/٢هـ.

٢٦٨- **المدخل الفقهي العام**، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم دمشق، ط:١٤٢٥/٢هـ.

٢٦٩- **المدخل إلى مذهب أبي حنيفة النعمان**، د. أحمد سعيد حوى، دار الأندلس الخضراء جدة، ط: ١٤٢٣/١هـ.

٢٧٠- **المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، عبد القادر بن أحمد بن بدران (١٣٤٦هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط: ١٤٠١/٢هـ.

٢٧١- **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، ط: ١٤٠١/٦هـ.

٢٧٢- **مدونة الأسرة مع التعديلات الأخيرة** -مدونة تعنى بالأحوال الشخصية للمغاربة، تعليق: عبد العزيز توفيق، دار الثقافة الدار البيضاء.

٢٧٣- **المدونة**، عبد الرحمن بن القاسم (١٩١هـ)، رواية سحنون بن سعيد التنوخي (٢٤٠هـ)، دار صادر.

٢٧٤- **المرأة بين الفقه والقانون**، د. مصطفى السباعي، المكتب الإسلامي، ط: ١٤٠٤/٦هـ.

٢٧٥- **المرأة ومكانتها في التشريع الإسلامي**، د. مصطفى السباعي، المكتب الإسلامي بيروت، ط: ١٣٩٨/٢هـ.

٢٧٦- **مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات**، علي بن أحمد بن حزم (٤٥٦هـ)، دار الكتب العلمية.

٢٧٧- **مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية**، محمد أحمد شقرون، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث دبي، ط:١٤٢٣/١هـ.

٢٧٨- **مراعاة الخلاف**، عبد الرحمن بن معمر السنوسي، مكتبة الرشد، ط: ١٤٢٠/١هـ.

٢٧٩- **مزيل الملام عن حكام الأنام**، عبد الرحمن بن خلدون (٨٠٨ هـ)، تحقيق: فؤاد عبد المنعم، دار الوطن الرياض، ط: ١٤١٧/١هـ.

٢٨٠- **المستدرك على الصحيحين**، أبو عبد الله الحاكم (٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط:١/١٤١١هـ.

٢٨١- **المستصفى في علم الأصول**، أبو حامد الغزالي (٥٠٥هـ)، تحقيق: د. حمزة بن زهير حافظ، شركة المدينة المنورة للطباعة والنشر جدة.

٢٨٢- **المسند**، أحمد بن حنبل الشيباني (٢٤١هـ)، مؤسسة قرطبة مصر .

٢٨٣- **المسند**، أبو يعلى أحمد بن علي التميمي (٣٠٧هـ)، تحقيق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث دمشق، ط:١/ ١٤٠٤هـ.

٢٨٤- **المسودة في أصول الفقه**، آل تيمية: - عبد السلام مجد الدين أبو البركات، وعبد الحليم شهاب الدين أبو المحاسن، وشيخ الإسلام أحمد تقي الدين-، جمع: أحمد بن محمد الحراني (٧٤٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني القاهرة.

٢٨٥- **مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر**، شويش هزاع المحاميد، دار عمان الأردن، ط:١/ ١٤٢٢هـ

٢٨٦- **مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه**، عبد الوهاب خلاف، دار القلم الكويت، ط: ٤/١٣٩٨هـ.

٢٨٧- **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، أحمد بن محمد بن علي الفيومي (٧٧٠هـ)، المكتبة العلمية.

٢٨٨- **المصنف**، (الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار)، أبو بكر بن أبي شيبة (٢٣٥هـ)، تحقيق: كمال يوسف ، مكتبة الرشد، ط:١/١٤٠٩هـ.

٢٨٩- **المصنف**، عبد الرزاق بن همام الصنعاني (٢١١هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي بيروت، ط:٣/ ١٤٠٣هـ.

٢٩٠- **معالم السنن (شرح سنن أبي داود)**، أبو سليمان أحمد بن محمد الخطابي (٣٨٨هـ)، دار الكتب العلمية، ط: ١٤١١/١هـ.

٢٩١- **المعجم الكبير**، سليمان بن أحمد الطبراني (٣٦٠هـ)، تحقيق: حمدي ابن عبد المجيد السلفي، مكتبة الزهراء العراق، ط: ٢/ ١٤٠٤هـ.

٢٩٢- **معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية**، د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم، دار الفضيلة مصر.

٢٩٣- **معجم مصطلحات أصول الفقه**، د. قطب مصطفى ساتوا، دار الفكر، ط: ١٤٢٠/١هـ.

٢٩٤- **معرفة القراء الكبار**، محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (٧٤٨هـ)، تحقيق: بشار عواد وآخرين، مؤسسة الرسالة بيروت، ط:١٤٠٤/١هـ.

٢٩٥- **المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب**، أحمد بن يحيى الونشريسي (٩١٤هـ)، تحقيق: د.محمد حجي، دار الغرب الإسلامي بيروت، ط: ١٤٠١هـ.

٢٩٦- **المغرب في حلى المغرب**، علي بن موسى المغربي (٦٨٥هـ)، تحقيق: د. شوقي ضيف، دار المعارف القاهرة، ط: ١٩٥٥/٣م.

٢٩٧- **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، محمد الخطيب الشربيني (٩٨٨هـ)، دار الفكر.

٢٩٨- **المغني**، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (٦٢٠هـ)، دار الفكر بيروت، ط: ١/١٤٠٥هـ.

٢٩٩- **مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة**، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، دار الكتب العلمية.

٣٠٠- **المفردات في غريب القرآن**، الحسين بن محمد الأصفهاني (٥٠٢هـ)، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة.

٣٠١- **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**، أبو العباس أحمد بن عمر القرطبي (٦٢٦هـ)، تحقيق: محي الدين ديب مستو وآخرين، دار ابن كثير دمشق، ط: ١/١٤١٧هـ.

٣٠٢- **مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية**، د. محمد سعد اليوبي، دار الهجرة الرياض، ط: ٢/ ١٤٢٣هـ.

٣٠٣- **مقاصد الشريعة الإسلامية**، محمد بن الطاهر بن عاشور، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، ط: ١/١٤٢٠هـ.

٣٠٤- **مقاييس اللغة**، أبو الحسين أحمد بن فارس (٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ط: ١٣٩٩هـ.

٣٠٥- **المقدمات الممهدات**، محمد بن أحمد بن رشد (٥٢٠ هـ)، تحقيق: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي بيروت، ط:١/١٤٠٨هـ.

٣٠٦- **مقدمة ابن خلدون**، عبد الرحمن بن محمد بن خلدون (٨٠٨هـ)، دار القلم بيروت، ط: ٥/١٩٨٤م.

٣٠٧- **المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد**، إبراهيم بن محمد ابن عبد الله بن مفلح (٧٦٢هـ)، تحقيق: د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد الرياض، ط: ١/١٤١٠هـ.

٣٠٨- **المِلل والنِّحل**، محمد بن عبد الكريم الشهرستاني (٥٤٨هـ)، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة ١٤٠٤هـ.

٣٠٩- **الممتع في التصريف**، علي بن مؤمن، ابن عصفور (٦٦٩هـ)، تحقيق: فخر الدين قباوة، دار المعرفة، ط: ١/١٤٠٧هـ.

٣١٠- **منار السالك إلى أصول مذهب مالك**، أحمد السباعي الرجراجي، المطبعة الجديدة فاس، ط: ١/١٤٠٥هـ.

٣١١- **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي**، د. فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة بيروت، ط: ٣/١٤١٨هـ.

٣١٢- **المنتظم في تاريخ الملوك والأمم**، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي ابن الجوزي (٥٩٧هـ)، دار صادر، ط: ١/١٣٥٨هـ.

٣١٣- **المنتقى من السنن المسندة**، عبد الله بن علي بن الجارود (٣٠٧هـ)، تحقيق: عبد الله البارودي، مؤسسة الكتب الثقافية، ط:١/١٤٠٨هـ.

٣١٤- **المنثور في القواعد**، محمد بن بهادر الزركشي (٧٩٤هـ)، تحقيق: د. تيسير فائق، وزارة الشئون الإسلامية الكويت، ط: ٢/١٤٠٥هـ.

٣١٥- **المنخول من تعليقات الأصول**، أبو حامد الغزالي (٥٠٥هـ)، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، دار الفكر دمشق، ط: ٢/١٤٠٠هـ.

٣١٦- **منهاج السنة النبوية**، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (٧٢٨هـ)، تحقيق: د. محمد رشاد سالم، مؤسسة قرطبة، ط: ١٤٠٦/١هـ.

٣١٧- **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، أبو إسحاق الشيرازي (٤٧٦هـ)، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ١٣٧٩هـ.

٣١٨- **الموافقات**، إبراهيم بن موسى الشاطبي (٧٩٠هـ)، تحقيق: مشهور ابن حسن آل سلمان، دار القلم الدمام ط:١٤٢٤/١هـ.

٣١٩- **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب (٩٥٤هـ)، دار الفكر بيروت، ط: ١٣٩٨/٢هـ.

٣٢٠- **الموسوعة الميسرة والموسعة**، مجموعة من الباحثين، دار النهضة للطباعة والنشر بيروت.

٣٢١- **الموطأ**، مالك بن أنس الأصبحي (١٧٩هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي مصر.

٣٢٢- **نشر البنود على مراقي السعود**، عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي (١٢٣٣هـ)، صندوق إحياء التراث الإسلامي المشترك بين المغرب والإمارات العربية المتحدة.

٣٢٣- **نشر العَرف في بناء بعض الأحكام على العُرف**، محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين (١٢٥٢هـ)، ضمن مجموع رسائل ابن عابدين.

٣٢٤- **النشر في القراءات العشر**، محمد بن محمد الدمشقي الشهير بابن الجزري (٨٣٣هـ)، راجعه: علي بن محمد الضباع، دار الكتب العلمية.

٣٢٥- **نصب الراية لأحاديث الهداية**، عبد الله بن يوسف الزيلعي (٧٦٢هـ)، تحقيق: محمد يوسف البنوري، دار الحديث مصر ١٣٥٧هـ.

٣٢٦- **نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي**، ظافر القاسمي، دار النفائس لبنان، ط: ١٤٠٧/٣هـ.

٣٢٧- **نظام القضاء في الشريعة الإسلامية**، عبد الكريم زيدان، دار البشائر الأردن، ط:١٤٠٩/٢هـ.

٣٢٨- **نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب**، عبد السلام العسري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب، ط: ١٤١٧/١هـ.

٣٢٩- **نظرية الإسلام وهديه**، أبو الأعلى المودودي (١٣٩٩هـ)، دار الفكر بيروت ١٣٨٩هـ.

٣٣٠- **نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون**، د. عبد الناصر موسى أبو البصل، دار النفائس الأردن، ط:١/ ١٤٢٠هـ.

٣٣١- **نظرية الدعوى**، د. محمد نعيم ياسين، دار عالم الكتب الرياض المملكة العربية السعودية ١٤٢٣هـ.

٣٣٢- **نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**، د. وهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة بيروت، ط: ١٤٠٢/٣هـ.

٣٣٣- **نفائس الأصول في شرح المحصول**، شهاب الدين القرافي (٦٨٤هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط: ١٤١٦/١هـ.

٣٣٤- **نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب**، أحمد المقري (٧٥٨هـ)، تحقيق: د. إحسان عباس، دار صادر، ط: ١٣٨٨هـ.

٣٣٥- **نهاية السّول في شرح منهاج الأصول**، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي (٧٧٢هـ)، تحقيق: د. شعبان محمد إسماعيل، دار ابن حزم بيروت، ط: ١/١٤٢٠هـ.

٣٣٦- **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي (١٠٠٤هـ)، دار الفكر، ط: ١٤٠٤هـ.

٣٣٧- **النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات**، ابن أبي زيد القيرواني (٣٨٦هـ)، تحقيق: محمد الأمين بوخبزة، نشر دار الغرب الإسلامي بيروت، ط: ١/١٩٩٩م.

٣٣٨- **نوازل العلمي**، عيسى بن علي العلمي، تحقيق: المجلس العلمي بفاس، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب، ط: ١٤٠٣هـ.

٣٣٩- **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار**، محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٥هـ)، دار الجيل، ط: ١٩٧٣هـ.

٣٤٠- **هداية الأنام لمعرفة أسباب اختلاف الصحابة والفقهاء في الأحكام**، د. أحمد علاء دعبس وحسين عبد المجيد أبو العلا، مكتبة البيان الطائف، ط:١/١٤١٤هـ.

٣٤١- **الهداية شرح بداية المبتدي**، علي بن أبي بكر المرغيناني (٥٩٣هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر.

٣٤٢-**هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**، إسماعيل باشا البغدادي (١٣٩٩هـ)، دار العلوم الحديثة استانبول، ط: ١٩٨١م.

٣٤٣-**الوابل الصيب ورافع الكلم الطيب**، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بن حسن بن قائد، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، ط: ٢/١٤٢٧هـ.

٣٤٤-**الوافي بالوفيات**، صلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي (٧٦٤هـ)، تحقيق: أحمد الأرنؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث١٤٢٠هـ.

٣٤٥-**الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**، د. محمد صدقي البورنو، مؤسسة الرسالة بيروت، ط: ٤/١٤١٦هـ.

٣٤٦-**وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية**، د. محمد مصطفى الزحيلي، دار البيان دمشق، ط:١/١٤٢٠هـ.

٣٤٧-**الوسطية في ضوء القرآن الكريم**، د. ناصر بن سليمان العمر، دار الوطن الرياض، ط: ١/١٤١٣هـ.

٣٤٨-**الوسيط في المذهب**، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (٥٠٥هـ)، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، ومحمد بن محمد تامر، دار السلام القاهرة، ط:١/ ١٤١٧هـ.

٣٤٩-**وفيات الأعيان و أنباء أبناء الزمان**، أحمد بن محمد بن أبي بكر ابن خلكان (٦٨١هـ)، تحقيق: إحسان عباس، دار الثقافة لبنان.

فهرس الموضوعات

الباب الأول: